

BRARY
747 026


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE
RI
TAS



Germany

Die

Naturalobligationen

des

Römischen Rechts

von

Dr. Hermann August Schwanert,
ord. Prof. der Rechte an der Univ. Rostock.



Göttingen,
Vandenhoeck und Ruprecht's Verlag.
1861.

Vorwort.

Die Naturalobligationen des Römischen Rechts sind in neuester Zeit Gegenstand einer erhöheten Aufmerksamkeit geworden, indessen hat die Theorie derselben bis jetzt einen befriedigenden Abschluß nicht gefunden. Die herrschende Lehre ist in ihren wesentlichsten Grundlagen erschüttert, die Resultate der neueren Opposition aber sind theils nur negativer Art, theils zu unbestimmt, als daß sie sich hätten allgemeine Anerkennung verschaffen können.

Bei diesem Stand der Dinge wird eine neue Bearbeitung dieser Lehre einer besonderen Rechtfertigung nicht bedürfen. Ob nun aber das vorliegende Buch die Aufgabe, welche der Wissenschaft in Bezug auf die Naturalobligationen noch immer gestellt ist, erfüllt, ob es namentlich das richtige Princip für die Beurtheilung dieser Obligationen aufstellt, und damit zugleich den Schlüssel giebt für die Lösung der zahlreichen in dieser Materie vorhandenen Controversen, oder doch wenigstens den Weg zeigt, auf welchem eine richtige Einsicht in das Wesen dieser anscheinend so eigenthümlichen Gebilde des Römischen Rechts zu gewinnen sein wird, — das zu entscheiden, muß ich der öffentlichen Beurtheilung anheimstellen.

Die Literatur über die Lehre von den Naturalobligationen ist in der Einleitung ausführlicher besprochen, indessen hat daselbst die Arbeit von Bekker „über die Naturalobligationen" im dritten Hefte des vierten Bandes von seinem und Muthers Jahrbuche nicht mehr Platz finden können, da mir das genannte Heft erst zukam, nachdem ein großer Theil meines Buches bereits zum Druck befördert war. Ich habe daher Veranlassung genommen, am Schluß meiner Darstellung mich über die von Bekker aufgestellten Sätze mit einigen Worten auszusprechen.

Die beiden anderen hier einschlagenden Abhandlungen desselben Heftes, nämlich von Keller „über die naturalis obligatio pupilli" und von Bekker „über die Wirkung der Klagverjährung", sind bei den betreffenden Paragraphen berücksichtigt.

Geschrieben im December 1860.

Inhalt.

Einleitung.

Erster Abschnitt.

Klagbare naturalis obligatio.

Zweiter Abschnitt.

Naturaliter debere ohne obligatorische causa.

Dritter Abschnitt.

Obligatio tantum naturalis.

I. Allgemeines.

II. Die einzelnen Anwendungen.

A. Obligationen, bei welchen die actio unbegründbar ist.

B. Obligationen, bei welchen die actio weggefallen ist.

Einleitung.

§. 1.

Die Römer definiren die obligatio als ein juris vinculum quo adstringimur ad aliquid solvendum secundum jura nostrae civitatis,[1]) also als ein rechtliches Band, zu dessen Lösung durch eine vermögensrechtliche Leistung wir rechtlich gezwungen werden. Der Zwang besteht darin, daß die obligatio für den, zu dessen Gunsten nach ihrem Inhalt die Leistung geschehen soll, eine actio, ein Forderungsrecht, begründet gegen den andern Interessenten, welcher diesem selben Inhalt der obligatio gemäß leisten soll, den debitor. Die actio ist daher eine wesentliche Consequenz der obligatio, der rechtliche Inhalt derselben, denn ohne actio ist die obligatio für den debitor kein vinculum, ist es von seinem Belieben abhängig, ob er die Leistung machen will oder nicht, und gerade wegen dieses Beliebens kann man nicht von einem debere reden. Debitor ist nur der, welcher gegen seinen Willen zu einer Leistung gezwungen werden kann,[2]) und da dieser Zwang nicht anders als durch die actio ausgeführt werden kann, so ist die actio für die rechtliche Existenz der obligatio überhaupt unentbehrlich, die obligatio geht rechtlich in der actio auf, wie denn auch die Quellen obligatio und actio oft mit einander zusammenstellen, oder auch das eine Wort für das andere gebrauchen.[3])

---

1) Pr. J. de obll. (III, 13.) vergl. auch L. 3. pr. D. de O. et A. (XLIV, 7.)

2) L. 108. D. de V. S. (L, 16) Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest. (Modest. lib. IV. Pand.)

3) Obligatio für actio: Obligationem acquirere für actio-

Auffallender Weise kommen nun aber diesem entgegen in unseren Quellen eine Reihe von Rechtsverhältnissen vor, welche Obligationen genannt werden, denen aber zugleich die actio abgesprochen wird, also klaglose Obligationen; die allgemeine Bezeichnung für dieselben ist naturales obligationes, **tantum** naturales obligationes. Nach dem oben Ausgeführten sind das nun eigentlich gar keine Obligationen, denn es fehlt für den debitor der Zwang, es fehlt überhaupt das vinculum, und das ist denn auch von den Römern selbst anerkannt. Sie sagen, eine solche naturalis obligatio bestehe bloß in einem vinculum aequitatis,[4] welches offenbar ein anderes ist als das vinculum juris, die oben erwähnte Legaldefinition von obligatio, sie lassen den debitor in einer Naturalobligation, welcher nicht zur Zahlung gezwungen werden kann, nur abusive und minus proprie als debitor gelten,[5] und sprechen dem andern Obligationsinteressenten den Namen eines creditor völlig ab,[6] daneben aber nennen sie dann doch wieder die so ihres wesentlichen Inhalts entbehrende Obligation ohne eine Beschränkung obligatio, denn durch den Zusatz: naturalis kann doch nur angedeutet sein, daß wir es hier mit einer besonderen Art von Obligation zu thun haben, nicht aber mit einem Dinge, welches keine Obligation, sondern etwas Anderes ist.

Dem entsprechend ist denn auch die naturalis obligatio in den Quellen immer nur als eine gewöhnliche obligatio behandelt; es ist nirgends durch besondern Rechtssatz die nat. obligatio im Allgemeinen oder auch nur ein einzelner Fall einer solchen obligatio eingeführt worden, sondern die Existenz einer nat. obl. wird vielmehr überall, wo sich dafür eine besondere

---

nem acquirere. L. 126. D. de V. O. (XLV, 1). **Rubr.** T. J. III, 28. Per quas personas obligatio nobis acquiritur. **Actio** statt **obligatio**: L. 9. §. 3. D. de jure-jur. (XII, 2.) L. 2. §. 8. D. de her. vel. act. vend. (XVIII, 4.) L. 5. §. 1. D. de praescr. verb. XIX, 5.) Vergl. **Dirksen** Manuale lat. font. jur. civ. Rom. s. v. **obligatio** §. 2. A. S. 645.

4) L. 95. §. 4. D. de solut. (XLVI, 3.)

5) L. 16. §. 4. D. de fidej. (XLVI, 1.)

6) L. 10. D. de V. S. (L, 16.)

Begründung findet, aus dem Wesen der obligatio und der Anwendung desselben auf das concrete Verhältniß abgeleitet, häufiger aber noch wird gar keine Rechtfertigung der nat. obl. versucht, sondern umgekehrt mit dem selbst keiner Erklärung bedürfenden Vorhandensein der nat. obl. diese oder jene Rechtswirkung begründet. Die nat. obl. erscheint als begrifflich in der obligatio enthalten, und sie ist als selbständige obligatio ein Product der Rechtswissenschaft, denn erst durch ein weiteres Auseinanderfalten des Wesens der obligatio kam man im Zusammentreffen mit allerlei besondern Umständen und Rechtsverhältnissen zu der selbständigen Fassung der obligatio naturalis im Gegensatz zu der den Inhalt der nat. obl. mit umschließenden obligatio civilis. Es scheint als ob man sich erst allmälig über die Tragweite dieser nat. obl. verständigt und dieselbe erst nach und nach in dem Umfange als rechtswirksam anerkannt hat, in welchem wir dieselbe jetzt kennen, aber diese Entwicklung gehört ebenfalls allein der Jurisprudenz an, denn ebensowenig wie über die Existenz, findet sich auch über die Rechtswirksamkeit der obl. nat. eine eigene Vorschrift durch Gesetz oder überhaupt von Außen, die nat. obl. hat vielmehr gerade nur diejenige Rechtswirkung, welche aus dem Wesen derselben sich ergiebt. Von den Römischen Juristen, welche an dieser nat. obl. mitgebaut haben, ist ganz besonders Julianus zu nennen, der, wie in so manchen andern Beziehungen, auch hier der Erste gewesen zu sein scheint, welcher mit größerm Nachdruck die Bedeutung der nat. obl. betont hat; die meisten Aussprüche über nat. obl. in den Pandekten sind von diesem Juristen, und er wird vorzugsweise als Autorität angeführt, wo es sich darum handelt, irgend welche Rechtswirkung durch Annahme einer nat. obl. zu rechtfertigen.

Die Frage, was denn nun eine naturalis obligatio sei, kann daher eigentlich nur darauf gerichtet sein, wodurch die naturalis obl. sich von der civilis unterscheide, allein wenn darauf auch die Antwort nicht schwer zu geben ist, nämlich durch den Mangel der actio, so bleibt doch jedenfalls noch die Nothwendigkeit einer positiven Erklärung von n. o. und zwar um so mehr, als die Erklärung von obligatio civilis, da dieselbe die actio voraussetzt, auf die nat. obl. nicht paßt. Eine solche

Definition von nat. obl. findet sich nun aber in den Quellen nicht, und es kann uns dieses nach dem oben Gesagten nicht wundern, denn den Römern besteht das Besondere der nat. obl. nur darin, daß sie eine Art von obligatio im gewöhnlichen Sinn ist, und diese Besonderheit hat ihren Ausdruck gefunden in der Bezeichnung der obl. als einer naturalis. Diese Benennung muß nun allerdings bis auf einen gewissen Grad als eine charakterisirende angenommen werden, und zwar um so mehr, als dieser Name nicht von Außen gegeben, sondern mit diesen obll. selbst durch die Wissenschaft als sachgemäß angenommen ist; allein gerade die Besonderheit dieser Art von Obligationen, der Mangel der actio, wird durch dieses Wort an sich so wenig bezeichnet, daß auch klagbare Obligationen in den Quellen naturales obligationes genannt sind.

Es bleibt für uns daher immer noch die Frage, wie kann es überhaupt eine obligatio geben ohne actio, ohne creditum, und endlich auch ohne debitum, wenigstens ohne eigentliches debitum? Ohne actio hat die obligatio keine Rechtswirkung, ist daher im Recht nicht als obligatio anzusehen, und die nat. obl., welche der actio entbehrt, ist in der That wirklich ohne Rechtswirkung. Es werden freilich der obligatio außer der actio noch eine Reihe von andern Wirkungen beigelegt, die bei den klagbaren Obligationen neben der actio bei den klaglosen allein dastehen, aber das sind, richtig betrachtet, keine Rechtswirkungen der obligatio. Sie lassen sich alle unter die Möglichkeit einer giltigen, unwiderruflichen solutio und die dadurch wieder gegebene Möglichkeit einer Sicherung dieser solutio zusammenfassen; aber wird diese Möglichkeit der solutio durch die actio zur Nothwendigkeit, und kommt dadurch in festen Zusammenhang mit der obligatio, so fehlt das gerade bei der klaglosen obligatio, und diese wäre daher als rechtswirksam erst vorhanden, wenn diese Möglichkeit sich verwirklicht hätte, d. h. man könnte eigentlich erst nachträglich von einer nat. obligatio reden, oder diese Obligation wäre Nichts als der Ausdruck für die Giltigkeit einer geschehenen solutio u. s. w. Dem steht aber entgegen, daß die Römer die Existenz der nat. obl. nicht von dem wirklichen Eintritt dieser Möglichkeit abhängig machen, dieselbe vielmehr von diesen Wirkungen unabhängig entstehen lassen,

und so ist dann demnach der rechtliche Inhalt der nat. obl. bloß diese Möglichkeit, deren Realisation nicht auf Grund der nat. obl. herbeigeführt werden kann, die nat. obl. ist kein vinculum juris und doch eine obligatio mit rechtlicher Bedeutung insofern als sie der Stützpunkt für die solutio u. s. w. ist.

Wie kommen aber die Römer zu einer solchen naturalis obligatio? Dieselbe erscheint der civilis obligatio gegenüber als die unvollständige, gegenüber der vollständigen, sie ist dieselbe wie die civilis und doch wieder eine andere. Sie ist dieselbe, denn unter Umständen bleibt von der civilis obligatio nach Wegfall der actio die nat. obligatio zurück, letztere muß also als ein Bestandtheil der ersteren angesehen werden, welche nur durch den Wegfall der actio als eine der Wirkung nach besondere Art von Obligation hervortritt; sie ist dieselbe Obligation wie die civile auch in sofern als dieselben Obligirungsacte bald eine klagbare, bald eine klaglose Obligation hervorbringen, und doch scheint sie dagegen wieder eine andere, da ein natura debere — und das ist vorzugsweise der technische Ausdruck für die klaglose Obligation — auch aus andern Gründen hervorgeht, als welche im Stande sind eine klagbare Obligation hervorzubringen. Wenn daher in anderen Fällen die nat. obl. auf eine wirklich obligatorische causa sich stützt, so könnte man geneigt sein anzunehmen, daß diese causa nicht ein absolutes Erforderniß der nat. obl. sei, daß diese über das Gebiet der klagbaren Obligationen hinausweiche, daß die unvollkommen wirksame obligatio auch geringere Requisite für ihre Begründung habe.

Jedenfalls ist die civilis obligatio die Regel, wer den im Recht aufgestellten Obligationsact abschließt erzeugt damit eine civilis obligatio. Wann und aus welchen Gründen entbehrt nun diese obligatio der actio? Kann dieses d. h. die Entstehung einer naturalis obligatio durch das Belieben der Parteien herbeigeführt werden oder ist es die Folge von Umständen, welche der Willkühr der Parteien unzugänglich ist? Letzteres scheint angenommen werden zu müssen, insofern bestimmte Personen nur naturaliter sollen obligiren und obligirt werden können, ersteres insofern, als bestimmte Geschäfte nur naturales und keine civiles obligationes hervorbringen.

Die Beantwortung dieser und einer ganzen Reihe anderer damit zusammenhängender Fragen kann mit Sicherheit nur auf Grund der in den Quellen angeführten und näher bezeichneten Fälle von nat. obl. gegeben werden, allein immer werden wir über diese einzelnen Fälle hinausgreifen und aus denselben eine allgemeine Theorie der klaglosen Obligationen entwickeln müssen, und zwar aus folgenden Gründen.

Wo die Quellen einzelne nat. obll. aufstellen und deren Wirkungen angeben, erkennen wir wohl deutlich und finden oft geradezu ausgesprochen, daß und warum gerade in diesem Fall die actio nicht vorhanden oder nicht mehr vorhanden sei, nicht aber ist zugleich die Frage beantwortet, wie und warum denn nun trotz des Mangels der actio eine obligatio angenommen worden, diese Frage wird vielmehr, wie oben schon angedeutet, entweder mit Stillschweigen übergangen oder mit einem Hinweis auf die nat obl. als auf etwas Bekanntes und keiner Erklärung Bedürfendes abgethan, so daß daraus für das Wesen und den Begriff der nat. obl. Nichts zu entnehmen ist. Und dennoch ist eine Erkenntniß dieses Wesens für uns unerläßlich, weil ferner zweitens in manchen Fällen es zweifelhaft erscheint, ob daselbst eine nat. obl. anzunehmen ist oder nicht. Es fehlt nämlich nicht an scheinbaren Widersprüchen in unsern Quellen über diesen Punkt, es kommt vielmehr vor, daß in demselben Fall an einer Stelle das Vorhandensein einer nat. obl. behauptet, an einer andern geleugnet wird; es kommt ferner von den obengedachten Wirkungen der obl. außer der actio die Unwiderruflichkeit einer freiwillig, wenn auch irrthümlich gemachten Zahlung vor, in Fällen, wo ein wirkliches d. h. klagbares debitum nicht vorliegt. Sollen wir nun hier ohne Weiteres eine nat. obl. annehmen? Eine befriedigende Antwort auf diese Frage kann lediglich ein unabhängig von diesem einzelnen Falle entwickelter Begriff von nat. obl. ertheilen, durch welchen wir zugleich Aufschluß erhalten darüber, wo und unter welchen Umständen solche solutio auf eine nat. obl. zu begründen ist. In noch andern Fällen finden wir endlich Verhältnisse, welche anderen, in denen eine nat. obl. angenommen worden, durchaus ähnlich sind, aber in den Quellen nicht mit diesem Namen bezeichnet werden und denen auch nicht ausdrücklich die

sonst auf die nat. obl. basirten Wirkungen zugesprochen sind. Sollen wir hier eine nat. obl. annehmen, sollen wir hier die Wirkungen einer solchen zulassen oder nicht? Es läßt sich das wiederum nur entscheiden, wenn wir einen allgemeinen festen Begriff davon haben, was nat. obl. sei.

§. 2.

Die Naturalobligationen haben denn auch die Aufmerksamkeit der Juristen in einem besondern Grade auf sich gezogen, so lange überhaupt die wissenschaftliche Beschäftigung mit dem Römischen Recht dauert, und man hat von jeher durch Aufstellung eines entsprechenden Obligationsbegriffs diese eigenthümlichen Rechtserscheinungen zu erklären versucht. Eine Geschichte der nat. obl., eine dogmengeschichtliche Entwicklung des Begriffs giebt es nicht, sondern nur eine Theorie zur Erklärung resp. Ergänzung der in den Quellen enthaltenen allgemeinen und speciellen Aussprüche über diese Obligationen, und auch wo dieselben noch praktisch anwendbar waren und sich eine mehr oder weniger feste Übung gebildet hat, ist diese Übung doch niemals dermaßen selbständig geworden, daß sie für sich selbst eine Bedeutung in Anspruch nehmen könnte, sie ist vielmehr sich ihrer Abhängigkeit von der allgemeinen Theorie stets bewußt geblieben und hat aus dieser immer wieder von Neuem ihre Rechtfertigung versucht.

Die Literairgeschichte der Naturalobligationen ist daher nur Geschichte der Theorie, und diese Geschichte ist höchst einfach. So bunt nämlich die Formulirungen der allgemeinen Begriffe und die bis in die äußersten Subtilitäten getriebenen Unterscheidungen der einzelnen Punkte bei den verschiedenen Bearbeitern dieser Materie — und zu diesen gehören, wenn auch nicht ex professo, fast alle namhaften Juristen — sind, und so sehr die Aufzählungen der einzelnen Fälle von n. obl. von einander abweichen, so ist im Grunde die Theorie dieser Obligationen, an welcher alle Generationen mitgebauet und mitgezimmert haben, von Accursius bis auf den heutigen Tag, die nämliche geblieben. Sie geht nicht sowohl von dem eigenthümlichen Inhalt, dem Wesen dieser Obligationen aus, als vielmehr von dem Namen naturalis; in dieser Bezeichnung sieht sie eine Bezugnahme

auf den Ursprung der obll., erklärt dann natt. obll. als obll. aus dem jus naturale; sämmtliche Obligationen sollen danach eingetheilt werden, daß sie entweder dem jus civile oder dem jus naturale entsprungen sind, und ein Theil dieser letzteren sind die klaglosen Obligationen, so daß man also innerhalb der Bezeichnung natt. obll. wiederum zwischen klagbaren und klaglosen zu scheiden hat. Je nachdem man sich nun das Verhältniß vom jus civile zum jus naturale dachte, und je nachdem man sich unter dem jus naturale bald dieses bald jenes vorstellte, mußte auch die Lehre von den natt. obll. sich ändern, und so können wir der Zeit nach wiederum drei Theorien von natt. obll. unterscheiden, die indessen, so sehr sie auch von einander abweichen, nirgends die eben angedeutete gemeinsame Grundlage vermissen lassen.

Die älteste, bis Ende des vorigen Jahrhunderts herrschende Theorie findet sich schon in der Glosse. Die obligatio wird dort auf zwei radices zurückgeführt, von denen die eine, civilis, die actio erzeugt, die andere, naturalis, die soluti repetitio verhindert,[1]) und daneben heißt es zu L. 84. §. 1. D. de V. S. (L, 16.) naturaliter jure gentium werde man obligirt, entweder civiliter und naturaliter durch fast alle Contracte, naturaliter allein durch nudum pactum, civiliter allein durch scriptura.[2]) Bereits hier ist also eine Ableitung sämmtlicher Obligationen, klagbarer und klagloser, an die Spitze gestellt und die nat. obl. als eine in der klagbaren enthaltene unvollkommene in der bezeichneten Weise erklärt, ohne daß weiter angegeben, weßhalb diese Trennung gerade so gemacht worden, namentlich weßhalb gerade nur die actio, nicht aber die übrigen Wirkungen einer obl. aus der radix civilis hervorgegangen. Indem man ferner die radix naturalis als die dem jus naturale sive jus gentium

---

1) Gl. ad Pr. J. de Obll. (III, 13.) Gl. ad Pr. J. de jure nat. gent. et civili (I, 2). Gl. ad L. 5. D. de J. et J. (I, 1.)

2) Is natura] i. e. naturaliter jure gentium obligatur quis civiliter et naturaliter in omnibus fere contractibus: ut supra de just. et jur. L. ex hoc. et ita hic intelligitur. Naturaliter autem quis tenetur de jure gen. nudo pacto: ut supra de pactis L. 1. in princ. At civiliter tantum per scripturam: ut insti. de lit. obl. Accur.

angehörige ansah, kam man in Verlegenheit wegen der servi, welche anerkannter Maßen zu den natt. obll. fähig waren und doch gerade nach jus gentium servi d. h. keine personae und daher unfähig zu Obligationen waren.[3]) Hauptsächlich aus dieser Veranlassung[4]) finden wir denn in Anknüpfung an die auch von den Römischen Juristen bereits gemachte Unterscheidung von jus naturale und jus gentium eine ganze Reihe von höchst subtilen und künstlichen Gegensätzen, in immer anderer Form, je nachdem gerade ein bestimmter, dem einzelnen Schriftsteller vorliegender Fall nach dieser oder jener Seite eine besondere, neue Fassung hervorrief. So erklärte man z. B. als civiles obll. alle diejenigen, welche im positiven Recht ausdrücklich anerkannt seien, und unterschied davon einmal obll. juris gentium et naturales und juris gentium et non naturales,[5]) oder auch obll. juris gentium primaevi und secundarii, oder obll. ipso facto tales und juris naturalis,[6]) oder obll. ex simplici naturae instinctu und obll. adstrictiores, quae plus vinculi habent ad civilia, uti quae nudo pacto oriuntur.[7]) Außer den Obligationen der servi waren es namentlich die obll. des pupillus ohne tutoris auctoritas und die obll. ex nudo pacto, welche für die ganze Theorie maßgebend wurden, denn je nachdem man in diesen Fällen vollständig oder beschränkt eine n. obl. annahm oder leugnete, mußte auch der allgemeine Begriff anders begrenzt und formulirt werden.

Mehr und mehr kam man dann aber darauf zurück jus naturale und jus gentium zu identificiren, dasselbe auch mit der naturalis aequitas für gleichbedeutend zu erklären,[8]) und danach zur Begründung einer obligatio möglicher Weise jus civile allein oder aequitas (j. gentium) allein oder endlich Beides zusammen anzunehmen, wonach man denn sämmtliche Obli-

---

3) Vgl. Cujacius ad L. 32. D. de R. J. (L, 17.)
4) So schon in der Gl. ad L. 5. D. de J. et J. (I, 1.)
5) Bodinus, distrib. jur. univ. pag. 36.
6) Anton. Faber Conjectur. lib. VIII. c. 5.
7) Gl. ad L. 25. §. 11. D. de H. P. (V. 3.) Udalr. Zasius ad L. 3. D. de J. et J.
8) Donellus, Comm. lib. XII. cap. 2. nr. III.

gationen in civiles, naturales und mixtae eintheilte,[9]) welche Eintheilung sich bis auf die neuere Zeit ganz allgemein in Geltung erhalten hat. Daß dieselbe in den Römischen Rechtsquellen nicht ausdrücklich enthalten sei, gestand man zu, behauptete aber eben so entschieden, daß sie an sich und dem Inhalte nach dem Römischen Recht nicht fremd sei.[10]) Es geht diese Theorie von einem außerhalb des positiven Rechts liegenden Begriff von obligatio aus, und definirt dieselbe als ein jedes Verhältniß, welches nach einem in uns liegenden Gesetz — lex naturalis, naturalis ratio, jus gentium, aequitas — uns zu einem Thun verpflichtet, und sogar aus dem Sittlichkeits- und Schicklichkeitsgefühl, sowie den Vorschriften der Menschenliebe werden Obligationen abgeleitet, selbst auch die s. g. Gewissenspflichten zu den rechtlichen Obligationen gerechnet. Wie schwankend dieser Boden für die rechtliche Begründung der Obligation ist, liegt auf der Hand, wie wenig man aber ein Bedürfniß fühlte, diesen Boden zu befestigen und streng abzugrenzen, ergiebt sich daraus, daß man es ausdrücklich für jeden einzelnen Fall dem Ermessen der betreffenden Person anheimgestellt wissen wollte, oder es doch wenigstens von dem Beurtheilen des individuellen Verhältnisses abhängig machte, ob eine rechtswirksame obligatio anzunehmen sei oder nicht.[11])

9) Vgl. z. B. Ant. Schulting, Diss. de naturali obligatione (in dessen Comm. Acad. — Halae Magdeb. 1770. Vol. I.) und vorzugsweise Ortw. Westenberg Diss. I. de causis obligationum, namentlich cap. 4, wo sich eine sehr gute Uebersicht über diese Theorie findet. S. auch Lauterbach, Coll. theor.-pract. lib. 44. tit. 7, und Weber, natürl. Vrb. §. 43.

10) So schon Donellus Comm. lib. XII. c. 2, mit Berufung auf §. 3. J. de exc c. (IV, 13) und L. 3. §. 1. D. de pecun. const. (XIII, 5), und ebenso Schulting und Westenberg in den angeführten Schriften.

11) Wie durchaus unbestimmt man den Begriff von obligatio auffaßte, ja, wie man die Begrenzung desselben fast von dem subjectiven Billigkeitsgefühl des Einzelnen abhängig machte, zeigen die schon bei Weber natürl. Verbindlichkeit, §. 57, Anm. 1 freilich zu ganz andern Zwecken aufgeführten Citate. So sagt z. B. Duarenus ad L. 127. D. de V. O. (XLV, 1.) Quum species aliqua proponitur, in qua quaeritur, an quis naturaliter obligatus sit, nec ne? considerandum

Die Wirkung der obligatio bestimmte sich nach dem Verhältniß derselben zum positiven Recht. Entweder erkennt dieses die bereits in der lex naturalis enthaltene obligatio auch seinerseits an, dann tritt für sie die volle Rechtswirksamkeit ein, namentlich die actio, welche erst aus dem positiven Recht stammt, und daneben treten die unmittelbar aus der lex naturalis entspringenden übrigen Obligationswirkungen; die obligatio ruht zugleich auf dem jus civile und dem jus naturale — s. g. obl. mixta —: oder das positive Recht verwirft die obligatio der lex naturalis; dann entbehrt sie einer jeden Rechtswirkung, da diese Verwerfung auch die Geltendmachung der schon nach der lex naturalis zustehenden Wirkungen ausschließt — obligatio reprobata —: oder endlich das positive Recht verwirft weder noch erkennt es an die der lex naturalis entsprechende obligatio, ignorirt dieselbe also eigentlich; dann sind deren Wirkungen allein die aus der lex naturalis erwachsenden, nicht aber die actio, welche allein das positive Recht geben kann, obligatio mere naturalis —. Umgekehrt kann aber auch das positive Recht für sich allein und im Widerspruch mit der lex naturalis eine obligatio aufstellen, die mithin der naturalen Grundlage entbehrt, und consequenter Maßen wird einer solchen obligatio mere civilis als einzige Wirkung die actio zugesprochen, die dann aber durch den aus der lex naturalis abzuleitenden und meistens in

---

est, quid verisimiliter responsurus sit Aristoteles, aut Cicero, aut alius vir prudens et in philosophia eruditus, magis quam quid legibus et jure civili constitutum est, und Schulting l. l. cap. 2. Lex vinculum hoc introducens, quum non aliunde quam ex nobismetipsis hauriatur, sequitur, nec alio modo quam mentem nostram recte consulendo, an talis existat obligatio sciri posse. — Die Gewissenspflichten werden von den erzwingbaren und überhaupt irgend wie rechtlich wirksamen natt. obll. getrennt, auch wohl minus plenae obll. genannt, und ihre Begründung wird allein in die naturalis aequitas oder in den pudor cujusvis gelegt. Vergl. Lauterbach l. l. nr. 5. S. Stryk, disputatio de absoluto per sententiam ad effectus civiles non obligato (Opp. Tom. X. disput. 22). Die Begrenzung und die Unterscheidung dieser s. g. Gewissenspflichten von den rechtlich wirksamen natt. obll. ist übrigens keineswegs überall klar.

Form der exceptio sich geltend machenden Widerspruch augenblicklich wieder entkräftet und aufgehoben wird — obl. inanis. —[12])

So liegt also der Grund für den Unterschied zwischen klagbaren und klaglosen Obligationen nicht im positiven Recht, dieses selbst führt vielmehr nur zu klagbaren Obligationen, kann indessen wieder auf der andern Seite der Mitwirkung und Zustimmung jener lex naturalis nicht entbehren. Beide Factoren müssen zusammenwirken um eine vollwirksame Obligation hervorzubringen, jeder Factor für sich allein giebt nur eine unvollkommene obligatio, und es stehen sich daher nicht sowohl klagbare und klaglose Obligationen in dem Sinne, welchen wir damit verbinden, gegenüber, sondern obll. mere civiles und mere naturales, die obl. mixta ist die höhere Stufe über beiden. Regelmäßig, behauptete man nun freilich, träfen beide Factoren zusammen, so daß eine obl. mixta entstände, und der Mangel der Anerkennung Seitens des positiven Rechts für eine obl. nach der lex naturalis sei ebenso nur die Ausnahme wie die Annahme einer obl. nach positivem Recht, wo die lex naturalis eine solche nicht fordere. Sobald man aber nun bei dieser Grundanschauung zu der Untersuchung schritt, wo das positive Recht seine Anerkennung und somit die actio versagt hatte, kam man, wenn man von dem positiven Recht ausging, begreiflicher Weise über die einzelnen, in den Quellen ausdrücklich angeführten Fälle nicht hinaus und konnte für dieselben Nichts weiter vorbringen, als daß der Mangel der actio den Beweis für diese Nichtanerkennung gewähre. Ging man dagegen von der lex naturalis aus und leitete aus dieser Obligationen ab, welche dem positiven Recht fremd waren, so mußte die Unbestimmtheit und Unklarheit des Grundbegriffs jedes feste Resultat unmöglich machen. Bei Aufzählung der einzelnen Naturalobligationen konnte dann über die in den Quellen klar als solche hingestellten kein Streit sein, wo indessen die Quellen zu irgend einem Zweifel Veranlassung gaben, gingen die Ansichten der Juristen

12) S. die Belege bei Weber a. a. O. S. 42. 43. — Sie wird auch obligatio inefficax, obl. sine re genannt. Vergl. über diese ganze Unterscheidung noch v. Savigny, Obligationenrecht. Bd. I. S. 41 ff.

dauernd auseinander, da aus dem oben angedeuteten allgemeinen Grundsatz für fast jede Ansicht eine Begründung entnommen werden konnte, und auch die Versuche, die einzelnen Fälle von Naturalobligationen nach ihren Entstehungsgründen zu classificiren, führten zu keinem weiter gehenden Resultat, da man eben bei dem schwankenden Boden, auf welchem man sich befand, nicht darüber hinauskam das wirkliche und vermeintliche Material nach gewissen sich darbietenden Fächern zu ordnen.[13]) Um so fester hielt man dagegen an dem allgemeinen Begriff einer obl., die außer der actio alle übrigen denkbaren Wirkungen hatte, und legte daher einer jeden klaglosen Obligation, sobald nicht für einzelne Punkte ausdrückliche Quellenzeugnisse entgegenstanden, ohne Weiteres diese sämmtlichen Wirkungen bei.[14])

Gegen diese Theorie tritt dann Weber[15]) auf mit einer Kritik und einer neuen, der alten in manchen wesentlichen Punkten entgegengesetzten Darstellung. Die Kritik[16]) ist freilich weder erschöpfend noch überall richtig, da sie selber wieder von einem Standpunkte ausgeht, welcher ebensowenig für begründet er-

---

13) So läßt z.B. Donellus, lib. XII, cap. 2. nr. 5. die natt. obll. entstehen: caussa sola (wohin er rechnet: nuda pactio, manumissio liberti ad operas officiales, und pietatis caussa in dote) aut caussa simul et contrahentis persona (wo die obl. nur darum naturalis ist, weil die Person eines der Contrahenten die actio verhindert) nicht aber könne ein tempus adjectum (wie oft angenommen) die civilis obl. zu einer naturalis machen. — Bei O. Hilliger in not. 6 ad Donell. l. l. wird folgender Maßen unterschieden: Alle Obligationen entstehen entweder ex conventione oder citra eam; im ersteren Falle wird ein n. o. erzeugt, entweder ex defectu caussae sive negotii (nudum pactum) oder ex qualitate vel impedimento personae (obl. pup. fil. fam.), im letztern aber ex facto aliquo praecedente quo tamen non omnino id agitur, ut pro eo aliquid certum praestetur (beneficii acceptio, manumissio, obl. ad alimenta et dotem.) Alles ruht hier auf der im Text angegebenen Theorie und Hauptzweck ist auch hier die Einreihung des nudum pactum in die Zahl der causae nat. obl.

14) Vergl. u. A. Westenberg l. l. cap. 4. §. 25—28.

15) D. Adolph Dietrich Weber, Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlicher Wirkung. Schwerin und Rostock 1784—87. Fünfte Auflage 1825.

16) A. a. O. §. 43—52.

kannt werden kann als der der bekämpften Theorie. Das Falsche dieser letztern,[17]) um nur die Hauptpunkte hervorzuheben, und nicht ausführlich Dinge zu widerlegen, die heutzutage Niemand mehr festhält, liegt in der Annahme eines über den Rechtskreis hinausliegenden Obligationsbegriffs, der durch Nichts als das vieldeutige und anerkannter Maßen höchst unbestimmte Wort naturalis begrenzt und bezeichnet wird. Dadurch kommt man mit Nothwendigkeit dahin, die Frage nach dem Vorhandensein und nach der Rechtswirkung der obl. als zwei von einander verschiedene zu trennen, was, wenigstens in der Weise, wie es die ältere Theorie that, entschieden verwerflich,[18]) denn die obl. ohne Rechtswirkung ist eben keine obligatio im rechtlichen Sinne; Obligationen die aus andern als rechtlichen Quellen ihre Existenz ableiten, können auf die Gestaltung des Rechtsbegriffs der obligatio keinen Einfluß haben. Daher müssen dann die oben genannten obligationes inefficaces und noch mehr die obligationes reprobatae sive plane destructae gestrichen werden, erstere als rechtlich irrelevant, letztere wegen der bereits getadelten, aber auch von Weber noch nicht völlig erkannten Unmöglichkeit neben dem rechtlichen Grunde für Obligationen noch einen andern, sogar jenen entgegengesetzten anzunehmen.[19])

Ebenso kommt nach jener Theorie gar nicht die Eigenthümlichkeit zu ihrem Rechte, daß die meisten Fälle von Naturalobligationen ausdrücklich an causae civiles gebunden sind, während andere einer solchen causa entbehren, denn wo die lex naturalis die obl. bestimmt, kann die causa civilis nur so weit als es jener lex entspricht in Betracht kommen und es bleibt

---

17) Vergl. auch Heimbach im Rechtslexikon v. Weiske, Bd. VII. s. v. obligatio. S. 461.

18) Ausdrücklich verlangt diese Trennung: Donellus l. l. nr. 4. — Prius enim obligationem esse oportet. Sic deinde quaeri, quem affectum habeat.

19) Damit fällt denn auch die Eintheilung der obll. in mere civiles und mixtae. — Weber a. a. O. §. 43 ff. Schon Giphanius ad L. 14. D. O. et A. (XLIV, 7.) nr. 28. erklärt sich gegen die Annahme einer obligatio mere civilis, während Donellus l. l. nr. 2. dieselbe billigt.

unerklärt, warum z. B. aus einer nicht expressis verbis geschlossenen Stipulation keine obl. naturalis entstehen soll,[20]) obgleich doch die lex naturalis in dem adnuere unter Umständen eine ebenso deutliche Zustimmung sehen muß wie in den expressis verbis. Falsch ist es ferner, wenn nach dieser Theorie überall, wo die soluti repetitio ausgeschlossen ist, sogleich eine Naturalobligation und zwar mit der vollen Wirkung einer solchen angenommen wird, ohne daß auf den je nach dem einzelnen Fall sehr verschiedenen Grund jener Ausschließung geachtet wird.[21]) Daß dieser Annahme die Quellen in einzelnen Fällen entgegenstehen, ist bereits erwähnt, und es ist hier noch hinzuzufügen, daß diese Verschiedenheiten in dem Umfange der Wirkung dieser oder jener Naturalobligation nicht als Besonderheiten und Folgen eigner Anordnungen erscheinen, sondern überall als gerade aus dem Wesen dieser Naturalobligation sich ergebend dargestellt werden. Endlich ist aber diese Theorie nicht im Stande, und hat es auch gar nicht versucht, das eigenthümliche Wesen einer klaglosen Obligation im Gegensatz zu einer klagbaren zur Anschauung zu bringen. Das Fehlen der actio wird so aufgefaßt, als ob damit der Rechtseffect der obligatio allerdings vermindert, keineswegs aber wesentlich verändert sei; die sämmtlichen der Naturalobligation beigelegten Wirkungen erscheinen als solche, welche in einer obligatio neben der actio als die geringeren aber mit und neben der actio ohne durch diese bedingt zu sein existiren; allein es liegt doch auf der Hand, daß die actio in ganz anderm Sinne eine Wirkung der obligatio ist als die übrigen, daß, wie schon oben angedeutet wurde, eigentlich die

---

20) L. 1. §. 2. D. de V. O. (XLV, 1.)

21) So sagt Donellus l. l. nr. 16: — Et generaliter recte definiamus, quicunque civilis obligationis justae et ad exigendum efficacis effectus sunt, eosdem esse et naturalis obligationis, una actione dempta, quae recta ex ea obligatione nascitur — — Sed quicunque alii verae obligationis effectus sunt, iidem sunt et naturalis obligationis. Quo in numero sunt sex. — Diese werden nun in Nr. 17 und 18 aufgezählt und zwar zuerst die Ausschließung der soluti repetitio und die compensatio, als unmittelbare, principale Effecte, welche überall wirklich vorkommen, darauf die übrigen mehr accessorischen.

actio allein als eine Wirkung der obl. gelten kann, die übrigen weit mehr Wirkungen anderer Umstände sind, die vielleicht eine obligatio voraussetzen, ohne solche nicht eintreten können, so daß wegen dieser indirecten Beziehung solche Acte als Wirkungen einer vorausgehenden Obligation erscheinen.

§. 3.

Die zweite Theorie ist die schon erwähnte von Weber; sie hat mit der vorhergehenden gemein, daß sie eine außerhalb des positiven Rechts stehende obligatio annimmt, den Grund derselben faßt sie aber genauer, nämlich als Naturrecht, welches, ohne der Zustimmung und Anerkennung Seitens des positiven Rechts zu bedürfen, der obligatio unmittelbar die volle Rechtswirkung verleiht. Die Existenz eines von diesem Naturrecht abweichenden positiven Rechts wird dabei nicht geleugnet — obgleich das, da man das Naturrecht als Vernunftsrecht ansah, consequenter Maßen hätte geschehen müssen — die Stellung desselben zum Naturrecht wird aber in entgegengesetzter Weise bestimmt, wie die der lex naturalis in der älteren Theorie. Die Klaglosigkeit der obligatio entsteht nicht durch Mangel der Anerkennung Seitens des positiven Rechts, sondern vielmehr durch ausdrückliche positivrechtliche Verneinung der actio da, wo dieselbe nach den Rechten des Naturrechts begründet ist.

Jede Verbindlichkeit zu einer Leistung, sagt Weber,[1] „gründet sich entweder an sich und ihrer ganzen Bestimmung nach schon in dem Rechte der gesunden Vernunft, in den Gesetzen, welche, wie der Apostel sagt, den Menschen ins Herz geschrieben sind, dergestalt, daß sie auch ohne Vorschrift der bürgerlichen Gesetze vorhanden sein würden, oder nicht, sondern sie findet nur erst nach gegebener Vorschrift oder positivem Recht statt. Im ersteren Fall ist eine natürliche Verbindlichkeit überhaupt, im zweiten eine bürgerliche, obligatio civilis, vorhanden." — Diese natürliche Verbindlichkeit, deren Erzwingbarkeit also auch schon außerhalb des positiven Rechts und auch ohne dasselbe vorhanden, ist dann wieder eine dreifache, je nachdem man darunter die Pflichten des Naturrechts im weitesten Sinne versteht,

---

1) A. a. O. §. 4. am Anf.

oder die Pflichten, welche die Glieder eines Staates als natürliche Verbindlichkeiten anerkennen müssen, oder endlich, „wenn die Frage entsteht, in wiefern eine wirklich vorhandene natürliche Verbindlichkeit in foro civili verfolgt werden könne.[2]" Jene ersten Pflichten können nun durch die Vereinigung der Menschen in einem Staate nicht nur hinwegfallen, sondern auch gradezu unerlaubte werden, und verlieren dadurch ganz und gar den Charakter von Obligationen, verdienen daher auch nicht unter dem Namen der obligationes reprobatae unter jene aufgenommen zu werden. Zu der zweiten Art von natürlicher Verbindlichkeit gehören dann 1) diejenigen der ersten Art, „deren Fortdauer im Staat keine positiven Anordnungen entgegenstehen; 2) alle durch den bürgerlichen Zustand an sich gewirkten und aus dem Wesen desselben entstehenden neuen Verbindlichkeiten, welche außer diesem Grunde nicht vorhanden sein würden; besonders auch 3) die Verbindlichkeit der Staatsbürger und Aller, die unter dem Gesetz der Gesellschaft stehen, den Vorschriften ihrer positiven Gesetze Folge zu leisten," wodurch indessen, richtig verstanden, nicht alle Vorschriften der Civilgesetze an sich schon zu natürlichen Verbindlichkeiten werden, da es vielmehr jedesmal darauf ankommt, ob schon die Gesetze der gesunden Vernunft allein genügen, um zur Annahme einer Zwangspflicht zu kommen, oder ob es dazu erst einer besondern Vorschrift bedurfte, in welchem letztern Falle denn von einer natürlichen Verbindlichkeit nicht die Rede sein kann,[3]) während im ersten Falle die natürliche Verbindlichkeit über die positive hinausgehen kann und in ihrer Existenz von der letzteren ganz unabhängig ist.[4]) Die Frage endlich, ob die vorhandene natürliche Zwangspflicht in den Gerichten völlig wirksam sei, muß in der Regel bejahet

2) Vergl. Weber a. a. O. §. 53 ff.

3) Darum verwirft Weber a. a. O. S. 157 ff. z. B. die früher angenommene Verbindlichkeit des Legatars, die Vermächtnisse stets ohne Abzug zu zahlen, weil das testamentum ein institutum civile sei.

4) Deßhalb soll das Verbot der Klage, die Verjährung, sowie die Vernachlässigung der Form bei einer dem positiven Recht entnommenen Obligation dieselbe ganz tilgen, bei einer natürlichen Verbindlichkeit dieselbe aber an sich fortdauern lassen.

werden, da der von der ältern Theorie geforderten besonderen Anerkennung sich sowohl Vernunft als der Geist des Römischen (und Canonischen) Rechts, sowie endlich auch der Gerichtsgebrauch und die tägliche Erfahrung widersetzen.[5])

„Inzwischen," sagt Weber,[6]) „giebt es verschiedene Fälle, wo der Gesetzgeber es rathsam gefunden hat, die Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit in gewisser Hinsicht mehr dem inneren Gefühl des Rechten und Anständigen zu überlassen, als einen äußeren Zwang desselben zu gestatten." Solcher Gründe werden dann in Anknüpfung an Donellus[7]) fünf angenommen, zuerst, daß wie dem Staate daran liegen muß, Jedem zu seinem Rechte zu helfen, er auch ein Interesse habe, die Klagrechte auf eine gewisse Zeit zu beschränken (n. o. nach abgelaufener Klagverjährung), sodann der Umstand, daß es Fälle giebt, „wo zwischen dem Gläubiger und Schuldner ein solches bürgerliches Verhältniß obwaltet, vermöge dessen die Civilgerichte den ersteren nicht füglich im Wege Rechtens unterstützen können" (n. o. zwischen dominus und servus, pater und filius fam.); Versprechen ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Form (n. o. ex nudo pacto); Vorsorge gegen leichtsinniges Schuldenmachen (n. o. ex SCto. Macedoniano), und endlich die billige Rücksicht auf den Schuldner, wenn dieser nicht im Stande ist, den Gläubiger vollständig zu befriedigen, ohne dadurch sein Vermögen vollständig zu opfern, so daß ihm nicht das Mindeste übrig bliebe (n. o. ex beneficio competentiae). In allen diesen Fällen existirt eine natürliche Verbindlichkeit in der zweiten der oben aufgezählten Bedeutungen,[8]) nur ist ihre Wirksamkeit beschränkt, und diese beschränkten Obligationen tragen im Römischen Recht vorzugsweise den Namen naturales obligationes, der daher auch vorwiegend als auf solche klaglose Obligationen gehend verstanden werden muß. Die Definition dieser eigentlichen Naturalobligation giebt dann Weber dahin, sie sei eine Verbindlichkeit, „welche an sich zwar nach Vorschrift der gesunden Vernunft dem in der bürgerlichen Societät sich befindenden Menschen wirklich obliegt, jedoch den völligen gerichtlichen Effect, welcher

5) A. a. O. §. 44 ff.
6) A. a. O. §. 55.
7) Comm. XII, c. 2.
8) Weber a. a. O. §. 56.

welcher der Regel nach mit einer Zwangspflicht verbunden ist, nicht hervorbringt." 9)

Der Mangel in der Rechtswirkung ruht auf der ausdrücklichen Beschränkung durch das positive Recht, und es ist daher der obligatio immer so viel Wirkung beizulegen, als ihr nicht geradezu abgesprochen worden. 10) Es kann das mehr oder weniger sein, namentlich sich auf die Ausschliessung der soluti repetitio reduciren, aber wo auch nur diese geringste Wirkung vorhanden ist, haben wir noch eine rechtswirksame nat. obligatio.

Diesen natürlichen, und in ihrer Wirkung beschränkten Zwangspflichten werden dann die bloßen Gewissenspflichten entgegengesetzt. 11) Letztere haben gar keine rechtliche Wirkung, soweit ihnen diese nicht ausnahmsweise vom positiven Recht zugestanden ist, und diese Ausnahmen sind streng zu erklären, namentlich ist nicht von einem Fall auf den andern und von einer Wirkung auf das Vorhandensein der übrigen eine Schlußfolgerung zulässig. 12) — In den übrigen Punkten, namentlich auch in der Eintheilung der obll. in mixtae, mere civiles und naturales weicht Weber von den Früheren nicht ab.

Muß Webers Theorie nun auch insofern ein Fortschritt gegen die frühere Auffassung genannt werden, als sie die Grundlage für die obligatio doch wenigstens etwas fester und präciser hinstellt, und als sie ferner nicht jus naturale und civile wie zwei von einander unabhängige Dinge auffaßt, aus deren ziemlich zufälligem Zusammentreffen allein erst die vollkommene Obligation hervorgeht, so ist doch auch sie durchaus ungenügend und falsch. Weber will wie die Früheren die Klaglosigkeit gewisser Obligationen aus einem dem positiven Recht nicht angehörigen Ursprung derselben erklären, und es ist dabei im

---

9) A. a. O. §. 55. a. E. Hier sind auch die verschiedenen termini technici der Römer für die nat. obl. aufgezählt.

10) A. a. O. §. 44 ff.

11) A. a. O. §. 59. a. E. und der ganze siebente Abschnitt (§. 98—102).

12) A. a O. „Was an sich nur Pflicht der Menschenliebe ist, hat in foro civili nicht mehr Kraft als die Gesetze wirklich gestattet haben; die natürliche Zwangspflicht hingegen hat alle gerichtliche Wirkung, welche ihr nicht ausdrücklich genommen ist.“

actio allein als eine Wirkung der obl. gelten kann, die übrigen weit mehr Wirkungen anderer Umstände sind, die vielleicht eine obligatio voraussetzen, ohne solche nicht eintreten können, so daß wegen dieser indirecten Beziehung solche Acte als Wirkungen einer vorausgehenden Obligation erscheinen.

§. 3.

Die zweite Theorie ist die schon erwähnte von Weber; sie hat mit der vorhergehenden gemein, daß sie eine außerhalb des positiven Rechts stehende obligatio annimmt, den Grund derselben faßt sie aber genauer, nämlich als Naturrecht, welches, ohne der Zustimmung und Anerkennung Seitens des positiven Rechts zu bedürfen, der obligatio unmittelbar die volle Rechtswirkung verleiht. Die Existenz eines von diesem Naturrecht abweichenden positiven Rechts wird dabei nicht geleugnet — obgleich das, da man das Naturrecht als Vernunftsrecht ansah, consequenter Maßen hätte geschehen müssen — die Stellung desselben zum Naturrecht wird aber in entgegengesetzter Weise bestimmt, wie die der lex naturalis in der älteren Theorie. Die Klaglosigkeit der obligatio entsteht nicht durch Mangel der Anerkennung Seitens des positiven Rechts, sondern vielmehr durch ausdrückliche positivrechtliche Verneinung der actio da, wo dieselbe nach den Rechten des Naturrechts begründet ist.

Jede Verbindlichkeit zu einer Leistung, sagt Weber,[1] „gründet sich entweder an sich und ihrer ganzen Bestimmung nach schon in dem Rechte der gesunden Vernunft, in den Gesetzen, welche, wie der Apostel sagt, den Menschen ins Herz geschrieben sind, dergestalt, daß sie auch ohne Vorschrift der bürgerlichen Gesetze vorhanden sein würden, oder nicht, sondern sie findet nur erst nach gegebener Vorschrift oder positivem Recht statt. Im ersteren Fall ist eine natürliche Verbindlichkeit überhaupt, im zweiten eine bürgerliche, obligatio civilis, vorhanden." — Diese natürliche Verbindlichkeit, deren Erzwingbarkeit also auch schon außerhalb des positiven Rechts und auch ohne dasselbe vorhanden, ist dann wieder eine dreifache, je nachdem man darunter die Pflichten des Naturrechts im weitesten Sinne versteht,

---

1) A. a. O. §. 4. am Anf.

oder die Pflichten, welche die Glieder eines Staates als natürliche Verbindlichkeiten anerkennen müssen, oder endlich, „wenn die Frage entsteht, in wiefern eine wirklich vorhandene natürliche Verbindlichkeit in foro civili verfolgt werden könne.[2])“ Jene ersten Pflichten können nun durch die Vereinigung der Menschen in einem Staate nicht nur hinwegfallen, sondern auch gradezu unerlaubte werden, und verlieren dadurch ganz und gar den Charakter von Obligationen, verdienen daher auch nicht unter dem Namen der obligationes reprobatae unter jene aufgenommen zu werden. Zu der zweiten Art von natürlicher Verbindlichkeit gehören dann 1) diejenigen der ersten Art, „deren Fortdauer im Staat keine positiven Anordnungen entgegenstehen; 2) alle durch den bürgerlichen Zustand an sich gewirkten und aus dem Wesen desselben entstehenden neuen Verbindlichkeiten, welche außer diesem Grunde nicht vorhanden sein würden; besonders auch 3) die Verbindlichkeit der Staatsbürger und Aller, die unter dem Gesetz der Gesellschaft stehen, den Vorschriften ihrer positiven Gesetze Folge zu leisten,“ wodurch indessen, richtig verstanden, nicht alle Vorschriften der Civilgesetze an sich schon zu natürlichen Verbindlichkeiten werden, da es vielmehr jedesmal darauf ankommt, ob schon die Gesetze der gesunden Vernunft allein genügen, um zur Annahme einer Zwangspflicht zu kommen, oder ob es dazu erst einer besondern Vorschrift bedurfte, in welchem letztern Falle denn von einer natürlichen Verbindlichkeit nicht die Rede sein kann,[3]) während im ersten Falle die natürliche Verbindlichkeit über die positive hinausgehen kann und in ihrer Existenz von der letzteren ganz unabhängig ist.[4]) Die Frage endlich, ob die vorhandene natürliche Zwangspflicht in den Gerichten völlig wirksam sei, muß in der Regel bejahet

2) Vergl. Weber a. a. O. §. 53 ff.

3) Darum verwirft Weber a. a. O. S. 157 ff. z. B. die früher angenommene Verbindlichkeit des Legatars, die Vermächtnisse stets ohne Abzug zu zahlen, weil das testamentum ein institutum civile sei.

4) Deßhalb soll das Verbot der Klage, die Verjährung, sowie die Vernachlässigung der Form bei einer dem positiven Recht entnommenen Obligation dieselbe ganz tilgen, bei einer natürlichen Verbindlichkeit dieselbe aber an sich fortdauern lassen.

werden, da der von der ältern Theorie geforderten besonderen Anerkennung sich sowohl Vernunft als der Geist des Römischen (und Canonischen) Rechts, sowie endlich auch der Gerichtsgebrauch und die tägliche Erfahrung widersetzen.[5])

„Inzwischen," sagt Weber,[6]) „giebt es verschiedene Fälle, wo der Gesetzgeber es rathsam gefunden hat, die Erfüllung der natürlichen Verbindlichkeit in gewisser Hinsicht mehr dem inneren Gefühl des Rechten und Anständigen zu überlassen, als einen äußeren Zwang desselben zu gestatten." Solcher Gründe werden dann in Anknüpfung an Donellus[7]) fünf angenommen, zuerst, daß wie dem Staate daran liegen muß, Jedem zu seinem Rechte zu helfen, er auch ein Interesse habe, die Klagrechte auf eine gewisse Zeit zu beschränken (n. o. nach abgelaufener Klagverjährung), sodann der Umstand, daß es Fälle giebt, „wo zwischen dem Gläubiger und Schuldner ein solches bürgerliches Verhältniß obwaltet, vermöge dessen die Civilgerichte den ersteren nicht füglich im Wege Rechtens unterstützen können" (n. o. zwischen dominus und servus, pater und filius fam.); Versprechen ohne Beobachtung der vorgeschriebenen Form (n. o. ex nudo pacto); Vorsorge gegen leichtsinniges Schuldenmachen (n. o. ex SCto. Macedoniano), und endlich die billige Rücksicht auf den Schuldner, wenn dieser nicht im Stande ist, den Gläubiger vollständig zu befriedigen, ohne dadurch sein Vermögen vollständig zu opfern, so daß ihm nicht das Mindeste übrig bliebe (n. o. ex beneficio competentiae). In allen diesen Fällen existirt eine natürliche Verbindlichkeit in der zweiten der oben aufgezählten Bedeutungen,[8]) nur ist ihre Wirksamkeit beschränkt, und diese beschränkten Obligationen tragen im Römischen Recht vorzugsweise den Namen naturales obligationes, der daher auch vorwiegend als auf solche klaglose Obligationen gehend verstanden werden muß. Die Definition dieser eigentlichen Naturalobligation giebt dann Weber dahin, sie sei eine Verbindlichkeit, „welche an sich zwar nach Vorschrift der gesunden Vernunft dem in der bürgerlichen Societät sich befindenden Menschen wirklich obliegt, jedoch den völligen gerichtlichen Effect, welcher

---

5) A. a. O. §. 44 ff.
6) A. a. O. §. 55.
7) Comm. XII, c. 2.
8) Weber a. a. O. §. 56.

welcher der Regel nach mit einer Zwangspflicht verbunden ist, nicht hervorbringt." 9)

Der Mangel in der Rechtswirkung ruht auf der ausdrücklichen Beschränkung durch das positive Recht, und es ist daher der obligatio immer so viel Wirkung beizulegen, als ihr nicht geradezu abgesprochen worden. 10) Es kann das mehr oder weniger sein, namentlich sich auf die Ausschliessung der soluti repetitio reduciren, aber wo auch nur diese geringste Wirkung vorhanden ist, haben wir noch eine rechtswirksame nat. obligatio.

Diesen natürlichen, und in ihrer Wirkung beschränkten Zwangspflichten werden dann die bloßen Gewissenspflichten entgegengesetzt. 11) Letztere haben gar keine rechtliche Wirkung, soweit ihnen diese nicht ausnahmsweise vom positiven Recht zugestanden ist, und diese Ausnahmen sind streng zu erklären, namentlich ist nicht von einem Fall auf den andern und von einer Wirkung auf das Vorhandensein der übrigen eine Schlußfolgerung zulässig. 12) — In den übrigen Punkten, namentlich auch in der Eintheilung der obll. in mixtae, mere civiles und naturales weicht Weber von den Früheren nicht ab.

Muß Webers Theorie nun auch insofern ein Fortschritt gegen die frühere Auffassung genannt werden, als sie die Grundlage für die obligatio doch wenigstens etwas fester und präciser hinstellt, und als sie ferner nicht jus naturale und civile wie zwei von einander unabhängige Dinge auffaßt, aus deren ziemlich zufälligem Zusammentreffen allein erst die vollkommene Obligation hervorgeht, so ist doch auch sie durchaus ungenügend und falsch. Weber will wie die Früheren die Klaglosigkeit gewisser Obligationen aus einem dem positiven Recht nicht angehörigen Ursprung derselben erklären, und es ist dabei im

9) A. a. O. §. 55. a. E. Hier sind auch die verschiedenen termini technici der Römer für die nat. obl. aufgezählt.

10) A. a. O. §. 44 ff.

11) A. a. O. §. 59. a. E. und der ganze siebente Abschnitt (§. 98—102).

12) A. a O. „Was an sich nur Pflicht der Menschenliebe ist, hat in foro civili nicht mehr Kraft als die Gesetze wirklich gestattet haben; die natürliche Zwangspflicht hingegen hat alle gerichtliche Wirkung, welche ihr nicht ausdrücklich genommen ist."

Ganzen ziemlich gleichgiltig, ob man dieselbe auf einen Mangel der Anerkennung der obligatio oder auf eine ausdrückliche Verweigerung der actio durch das positive Recht zurückführt, denn auch bei der letzteren Auffassung bleibt auf die Frage, warum denn die actio ausgeschlossen sei, auch nur als Antwort die Hinweisung auf das gerade so sich aussprechende positive Recht, und die andere Frage, warum denn gerade nur die actio in diesen Fällen ausgeschlossen worden und nicht auch die übrigen Wirkungen, oder doch nicht wenigstens diejenigen, welche auch eine gerichtliche Geltendmachung herbeiführen können, wird kaum erhoben, weit weniger in irgend einer befriedigenden Weise beantwortet. [13]) Weber gewinnt durch sein Naturrecht nur den Satz, daß die im Römischen Recht vorhandenen klaglosen Obligationen rein positive und dazu sehr eigenthümliche Ausnahmen sind von der allgemeinen Regel, daß wo nach Grundsätzen des Naturrechts eine obligatio vorhanden, diese auch völlig rechtswirksam, namentlich auch klagbar ist. Fällt nun für uns dieses unmittelbar geltende Naturrecht weg und gehören demnach die naturales obligationes wieder selbst zum positiven Recht, so können die Weberschen Argumente zu deren Erklärung nicht mehr ausreichen.

Eine Rechtfertigung für die Zurückweisung dieses Naturrechts wird hier Niemand erwarten, da heutzutage wohl schwerlich noch irgend Jemand dasselbe aufrecht zu erhalten sich bemühen wird; aber wie trotz des Verschwindens der Naturrechtstheorien sich hie und da noch immer einzelne Spuren und Consequenzen derselben unter mannigfacher Verhüllung erhalten haben, so hat man auch in der Lehre von den klaglosen Obligationen sich von einem neben dem positiven Recht stehenden Rechtsgrunde nicht völlig los machen können.

§. 4.

Das zeigt sich fast bei allen späteren Bearbeitern dieser Materie, denn wenn sie auch sämmtlich mit der Behauptung auftreten, daß sie die klaglosen Obligationen als Institute des

13) Vergl. auch E. Christiansen in dem unten noch zu nennenden Werke über nat. obligatio. §. 2. (S. 4—6.)

positiven Rechts auffassen, so sind sie doch, genau betrachtet, auf die alte Theorie zurückgekommen, nur mit dem mehr äußerlichen Unterschiede, daß sie das, was bei den Alten lex naturalis heißt und was Weber Naturrecht nennt, wieder als jus gentium und naturalis ratio bezeichnen, diesem einen Platz innerhalb des positiven Rechts anweisen, zugleich dann aber die Klagbarkeit wieder, wie die Älteren, von einer besonderen Anerkennung innerhalb dieses positiven Rechts abhängig machen. Auf den ersten Blick scheint freilich durch diese Fassung für die Lehre ein Wesentliches gewonnen, denn was positiven Rechtens, ist aus den Quellen unschwer zu erkennen und danach denn auch leicht festzustellen, wo eine klaglose Obligation zu finden; allein einmal erscheinen danach die klaglosen Obligationen wieder als vereinzelte Ausnahmen, deren Entstehung nicht erklärt ist, da doch nicht einzusehen, warum eine Obligation, die dem einen Theile des positiven Rechts entsprungen, darum allein schon eine geringere und noch dazu so eine eigenthümlich geformte geringere Wirkung haben soll, als die aus dem andern Theil desselben Rechts hervorgegangenen.

Dazu kommt aber noch, daß dieses jus gentium, auf welches man die klaglosen Obligationen zurückführt, gar nicht ein bestimmt begrenzter Theil des positiven Rechts eben in der Art ist, wie z. B. Weber Naturrecht und positives Recht als Theile des Rechts überhaupt betrachtet, sondern, daß man den wahren Sinn dieser Eintheilung verkennend, das jus gentium dennoch wieder als ein über das positive Recht hinausliegendes behandelt hat.

Eine Aufzählung wenigstens der bedeutendern Darstellungen unserer Lehre nach diesem Grundsatz wird die obige Behauptung bestätigen.

Im unmittelbarsten Anschluß an Webers Werk, und dasselbe kritisirend stellt Reinhardt[1]) folgende Theorie auf.

---

1) Dr. C. F. Reinhardt, die Lehre des Römischen Rechts von der Verbindlichkeit im Allgemeinen, und von der natürlichen Verbindlichkeit insbesondere. Eine civilistische Abhandlung und zeitgemäßer Beitrag zu Dr. A. D. Webers Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. Stuttgart 1827. 8.

die indessen noch ganz in der alten Anschauung fußt. Es existirt allerdings neben dem positiven Recht ein Naturrecht,[2]) um nun aber das Verhältniß desselben zu dem Römischen Recht zu erkennen, muß man von der Eintheilung des letzteren in jus naturale, gentium und civile ausgehen, dem jus naturale[3]) gegenüber ist das jus gentium derjenige Theil des Naturrechts, welcher nur die lebenden vernünftigen Wesen berücksichtigt, das jus civile dagegen ist allein das geltende Recht,[4]) welches indessen seine jetzige Gestalt erst bekommen hat durch Rücksichtnahme auf das jus naturale und gentium. Da nämlich,[5]) „wo strenge buchstäbliche Anwendung des Civilrechts auf Ungereimtheiten, ja auf völlige Widersprüche mit dem jus naturale und gentium geführt hätte, wurde durch die aequitas naturalis — natürliche Billigkeit — geholfen, d. h. das positive Recht wurde mit dem jus naturale und gentium in Übereinstimmung gesetzt. Beispiele: die bon. possessio, die actiones utiles und in factum."

Auf diese Weise sind die natt. obll. Obligationen des jus gentium, welche im Civilrecht ihre Anerkennung gefunden haben, und diese scheiden sich dann in zwei Classen, je nachdem diese Anerkennung eine vollständige, und damit auch die actio hervorbringende, oder eine unvollständige ist, bei welcher die obl. auf die übrigen außer der actio im Recht möglichen Wirkungen beschränkt ist.[6]) Als einzelne Fälle dieser zweiten Art nennt Reinhardt zuerst die nach einer exceptio perpetua übrig bleibenden Naturalobligationen, und rechnet dahin auch die aus dem mutuum contra SC. Macedonianum, die obl. ex lege Aquilia, ex deposito miserabili und ex legatis et fideicommissis ad pias causas factis. Als selbständige Obligationen ohne actio erscheinen dagegen die Obligationen aus formlosen Verträgen, aus Verträgen gegen Dritte nicht Mitvertragende

---

2) Reinhardt a. a. O. §. 17 ff.

3) Im Sinne von L. 1. §. 3. 4. D. de just. et jure (I, 1) und Pr. J. de jure gent. et civ. (I, 2).

4) L. 1. §. 1. D. eod. vergl. mit L. 6. D. eod. und §. 3. J. eod.

5) Reinhardt a. a. O. §. 25

6) A. a. O. §. 38

und endlich die obl., welche durch Ablauf der 50jährigen Verjährung der condictio wegen einer Spielschuld entsteht.[7])

Diese Aufzählung allein wird genügen, um zu zeigen, daß hier die unklare Basis der aequitas und die ausschließliche und allgemeine Beachtung der Ausschließung der soluti repetitio ebenso wie früher, ja fast noch mehr, zu einer ganzen Reihe von entschieden falschen Resultaten geführt hat.[8])

Ganz von dem bisher festgehaltenen Naturrecht unabhängig ist dagegen die Darstellung Francke's,[9]) welche derselbe bei Gelegenheit einer Abhandlung über die Pfandklage giebt. Francke geht davon aus, daß das Römische Recht unter dem Namen naturales obligationes mehrere Arten von Obligationen zusammenfaßt, nämlich einmal solche, welche nach einer in der menschlichen Natur liegenden Nothwendigkeit überall wo Menschen in geselliger Verbindung leben, stattfinden müssen, welche daher in keinem Rechte fehlen können.[10]) Davon zu trennen sind dann zweitens die s. g. Liebespflichten, die pietatis officia, zu denen rechtlich Niemand gezwungen werden kann, deren Erfüllung indessen von jedem rechtlichen Manne erwartet werden kann. Ist nun diese Erfüllung wirklich geschehen, einerlei ob um dieser Pflicht zu genügen, oder in der irrthümlichen Meinung einer existirenden Rechtspflicht, so kann dieselbe nicht zurück gefordert werden, da in solcher Zurücknahme eine turpitudo liegen würde. Diese soluti retentio ist denn aber auch die einzige Wirkung dieser Obligationen.[11]) Als dritte Art von Naturalobligationen sind endlich diejenigen anzusehen, denen die Klagbarkeit fehlt, welche indessen übrigens, wenigstens in der Regel, mit den klagbaren Obligationen jede andere Wirkung[12]) gemein haben, wenngleich wegen der eigenthümlichen Natur der einen oder anderen dieser klaglosen Obligationen denselben auch

7) A. a. O. §. 48. 49.

8) Auch Bucher, Recht der Forderungen (1815. 2. Aufl. 1830) stützt die n. o. noch ganz allgemein auf l. aequitas.

9) Civilistische Abhandlungen. Göttingen 1826. Abhandl. II. S. 66 ff.

10) L. 9. D. de just. et jur. (I, 1.)

11) Solche ergeben sich z. B. aus L. 32. §. 2. D. de cond. indeb. (XII, 6) und L. 25. §. 11. D. de H. P. (V, 3).

12) Nämlich alle die schon früher angenommenen. S. oben S. 13. Anm.

wohl die eine oder andere Wirkung fehlen kann.[13]) Als Entstehungsgründe giebt Francke für die erste Art das jus gentium an, für die zweite die allgemeine Zurückweisung der turpitudo im Recht, für die dritte aber Verschiedenes, so namentlich Nichtbeobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Form oder auch geradezu gesetzliches Absprechen der Klage, da, wo ausdrücklich nur diese weggenommen, die übrigen Obligationswirkungen alle stehen bleiben.[14]) Auch die klaglosen Obligationen werden demnach auf das positive Recht gestellt, nur ist nicht erklärt, wie die Nichtbeobachtung der vorgeschriebenen Form dennoch eine solche obligatio möglich macht. Die Eintheilung, namentlich die Scheidung der nur soluti retentione geschützten Verhältnisse von den wirklichen naturales obligationes ist an sich richtig, nur wieder falsch begrenzt und schwerlich läßt sich mit Grund behaupten, daß gerade die officia pietatis als solche von den Römern zu den Naturalobligationen gerechnet sind. Auf das Wesen einer obl. ohne actio ist überall nicht eingegangen, ein Mangel, der nicht nur hier, sondern bei fast allen folgenden Darstellungen zu rügen ist.

Eine andere, später vielfach benutzte Darstellung gab bald darauf Lelièvre.[15]) Dieser Schriftsteller erkennt ebenfalls mehrere Bedeutungen von nat. obl. an und versteht darunter theils solche, welche gar keinen rechtlichen Effect haben, theils andere, welche einige obligatorische Wirkungen haben, anderer entbehren, wiederum andere obll., welche möglicher Weise zur Bestellung von Accessionen tauglich sind, aber keine selbständige Wirkungen haben, endlich auch ganz vollgiltige klagbare Obligationen. Alle werden dann auf das auch in mehreren Bedeutungen vorkommende jus gentium zurückgeführt,[16]) daß aber in dieses jus gentium auch noch die alte lex naturalis hinein-

---

13) Z. B. bei dem mutuum des filius familias ist durante patria potestate die Pfandbestellung Seitens des debitor unwirksam.

14) Die actio sei nur eine neben den andern Wirkungen der obl. — Pr. J. de actt. (IV, 6.)

15) De obligatione naturali ex sententia Romanorum: diss. scr. A. F. E. Lelièvre. Lovanii 1827. 4.

16) Lelièvre l. l. cap. II. §. 6.

fällt, beweist die Annahme von gänzlich unwirksamen Naturalobligationen, und ferner die Hinzurechnung der im Recht verbotenen Obligationen z. B. die obl. ex alea zu denselben,[17]) weßhalb denn auch Lelièvre zu dem sicherlich nicht befriedigenden Schluß kommt: „Ex his omnibus sequitur denuo naturalis obligationis naturam neque certam esse, neque definitam.“[18]) Von dieser Unbestimmtheit finden wir aber in den Quellen keine Spur, vielmehr operiren die Römischen Juristen mit dem Begriff der nat. obl. völlig sicher, und die einzelnen Fälle, in denen eine nat obl. angenommen wird, erscheinen als einfache, sich von selbst ergebende Anwendungen jenes Begriffs. Nach Lelièvre waren sie dagegen reine Willkührlichkeiten, die sich durch practische Rücksichten vielleicht rechtfertigen, aber niemals auf einen gemeinsamen Grund zurückführen ließen.[19])

Eine ähnliche Unterscheidung der verschiedenen Arten von Naturalobligationen findet sich bei Brinkmann.[20]) Dieser Schriftsteller nimmt an: 1) Obligationen ohne Klage, aber mit der Wirkung der exceptio, namentlich auch der Compensation — z. B. ex nudo pacto — 2) Obligationen ohne alle Wirkungen — z. B. aus unerlaubten Verträgen — und 3) Obligationen,

---

17) Lelièvre l. l. §. 7.

18) Vergl. auch den Schluß der Dissertation, wo auch noch auf die Unbestimmtheit hingewiesen wird, welche in dem Worte obligatio liegt.

19) Auf diesem Wege kommt auch z. B. Kritz (Rechtsfälle, Bd. I. (1833) S. 310), leicht über alle Schwierigkeiten dieser Lehre hinweg. Er nimmt an, die Römer hätten die condictio indebiti überall ausgeschlossen, wo aus einem höheren Gebiete als dem positiven Recht eine Verbindlichkeit vorlag; da man nun nicht genau wisse, in welchen Fällen die Römer eine solche Verbindlichkeit anerkennen zu müssen glaubten, so müsse man sich die einzelnen Naturalobligationen aus den Pandekten zusammensuchen. Die mehrfachen Ausdrücke für nat. obl. beweisen hinlänglich, daß die Römer hier subjectiven Ansichten folgten, nicht consequent durchgeführten Grundsätzen. Es gehe hier, wie mit der Grenze dessen, wofür die Römer eine actio in factum gäben, das ließe sich auch nicht genau bestimmen, da bald aus näherer, bald aus entfernterer Analogie mit den benannten Klagen eine solche actio entstanden sei.

20) Wissenschaftlich praktische Rechtskunde. Eine Sammlung von Erörterungen aus dem Gesammtgebiete der in Deutschland geltenden Rechte. Erster Band. Schleswig 1830. — Nr. 30.

welche zwischen beiden Arten in der Mitte stehen und darum geringere Wirkungen haben, namentlich die Ausschließung der soluti repetitio. Diese Unterscheidungen finden sich dann in mannigfachen Variationen bei anderen Schriftstellern wieder, allein da aus denselben für die Begründung der nat. obl. und für deren Verhältniß überhaupt Nichts gewonnen ist, so verdienen sie keine besondere Aufzählung.[21])

Bedeutungsvoller dagegen für die Ausbildung dieser Lehre ist die Darstellung von Büchel.[22]) Auch B. geht von der mehrfachen Bedeutung von nat. obl. aus; erklärt aber im Allgemeinen als nat. obl. ohne Rücksicht auf die Wirkungen eine jede obligatio, welche sich schon im jus gentium findet. So wie aber bei den Römern jus naturale nicht stets gleichbedeutend ist mit jus gentium, dem jus quod rationi consentaneum est, sondern auch für jus quod natura omnia animalia docuit vorkommt,[23]) so kommt auch naturalis obligatio vor für die auf pietas zurückzuführenden Verhältnisse, einerlei ob dieselben im Recht klagbar sind,[24]) oder auch nur als reine officia pietatis erscheinen. Eine eigentliche n. o. ist aber nur da vorhanden, wo es an der Grundlage der civilis obligatio gebricht, aber doch diese Grundlage nach jus gentium besteht, wo die obligatio ipso jure vernichtet ist, allein aus einem bloß dem jus civile als dem jus proprium civium Romanorum angehörigen Grunde. Hier ist die obligatio ihrer Grundlage und ihrer Wirkung nach eine naturalis im ursprünglichen und eigentlichen Sinne. Ist dagegen eine (ihrer Grundlage und ihrer Wirkung nach) civilis

---

21) S. u. A. Roßhirt in seiner Ztschr. Bd. I, S. 125. Dann die Compendien und eine große Anzahl von Abhandlungen über verschiedene Materien, wo beiläufig der n. obl. Erwähnung geschieht.

22) Civilrechtliche Erörterungen, 2 Bände, Marburg und Leipzig 1832 und 1836. — Ueber die naturales obligationes s. Bd. I. Abth. I.: über die Wirkung der Klagverjährung, und besonders Bd. II. Abth. I.: über die Verpfändung für nicht vollgiltige Obligationen.

23) Rubr. et Pr. J. de jure nat. gent. et civ. (I, 2.)

24) Dahin zählt Büchel (a. a. O. Bd. II. S. 59.) die Pflicht zur Zahlung der portio legitima, welche in L. 36. §. 2. C. de inoff. testam. (III, 28) naturale debitum genannt werde.

also klagbare obligatio vorhanden, so kann diese ope exceptionis, also aus Rücksichten der aequitas ihre Wirkung ganz oder theilweise verlieren; ist die exceptio nämlich in odium creditoris introducta, so äußert die civilis obligatio nur noch die Wirkung der nat. obl. und wird darum auch selbst nat. obl. genannt (abgeleitete n. o.).

Die Rechtswirkung dieser beiden Arten von nat. obl. ist nun stets nicht die actio, sondern die exceptio, da selbst die Ausschließung der soluti repetitio nur in dieser Form der exceptio geschieht, und erst in zweiter Linie schließen sich an diese Wirkungen die übrigen Rechtswirkungen, die ohne actio möglich sind, an.[25]) — Bestimmte Gründe, aus denen das jus gentium, nicht aber das jus civile eine obligatio ableitet, werden nicht angegeben und daher wird auch bei den einzelnen Fällen der n. obl. nur danach gefragt, ob in den Quellen eine exceptio anerkannt ist, während doch unstreitig nicht alle exceptione geschützten Verhältnisse schon darum nat. obligationes sind. Es ist offenbar wider die Unklarheit über das, was unter jus gentium, als der Grundlage der nat. obll. zu verstehen, welche zu solchen falschen Resultaten führt, und die es denn auch nicht zu einer Entscheidung der alten Controversen über eine Reihe von Fällen der n. o. kommen läßt, über welche von jeher Streit geführt worden. Außerdem ist es auch unrichtig, wenn Büchel in der s. g. abgeleiteten nat. obl. eine civile sieht, die nur, weil sie wie eine naturale wirke, selbst auch natural heiße. Für eine solche Unterscheidung findet sich in den Quellen kein Anhaltspunkt, vielmehr spricht das: remanet n. o., die gewöhnliche Form, unter welcher diese obll. angeführt werden, ebenso dagegen, wie der Umstand, daß die Römer beide Arten von Obligationen unterschiedslos mit demselben Namen bezeichnen. Büchel kommt auch zu dieser Eintheilung wieder nur dadurch, daß er nicht sowohl von einem festen Begriff von nat. obl. ausgeht, aus welchem sich dann bestimmte Wirkungen entwickeln, sondern umgekehrt von bestimmten, in den Quellen vorhandenen Rechtswirkungen, denen dann um der Zugehörigkeit zum jus gentium

---

25) A. a. O. Bd. II. S. 63. not. 1.

willen der Name der obl. beigelegt wird. Dieselbe Unbestimmtheit des jus gentium führt ihn denn aber auch umgekehrt zu der Annahme von gänzlich wirkungslosen Obligationen, und zwar auch gerade wieder auf dem Gebiet der s. g. abgeleiteten Naturalobligationen. Die Verdienste, welche sich Büchel um unsere Lehre unstreitig erworben hat, liegen in der fleißigen Darstellung des quellenmäßigen Materials der einzelnen Naturalobligationen, deren Grundzüge dadurch meistens unwiderleglich festgestellt sind, die allgemeine Theorie hat er dagegen nicht wesentlich gefördert, denn mit der einfachen Hinweisung auf das jus gentium als auf positives Recht ist um so weniger gewonnen, als daneben noch gänzlich wirkungslose Naturalobligationen anerkannt werden, deren Grund denn doch nur über das positive Recht hinausliegen kann und beweist, daß Büchel überhaupt die Ableitung der nat. obll. allein aus dem positiven Recht nicht durchgeführt hat.

Fast gleichzeitig mit der Büchelschen Abhandlung gab v. Meyerfeld[26]) in seinem Werke über die Schenkungen eine Aufzählung der einzelnen natt. obll. ohne indessen eine allgemeine Definition von n. o. beizufügen. Aus der Aufzählung ergiebt sich aber, daß v. M. die Ausschließung der soluti repetitio und zwar ohne Rücksicht auf den Grund derselben als hinreichendes Merkmal der n. o. aufstellt, und daher z. B., ähnlich wie Reinhardt, die Fälle der poenae depensae, ubi lis infitiando crescit in duplum und wo, wie er sagt, duritia legum die condictio indebiti wegfällt, zu den nat. obll. rechnet. Ebenso werden gleichgestellt die Fälle der s. g. obl. reprobata, z. B. Wegfall der condictio, wo wissentlich ein indebitum gezahlt ist, oder eine Spielschuld oder verbotene Zinsen oder auch Zahlung nach falscher absolutio oder auch nach Aufhebung der obll. durch Eid und Verjährung. Die klagbaren natt. obll. werden dann wie in der älteren Theorie auf das jus gentium zurückgeführt, und bei den klaglosen, die mit und die ohne ein bestimmtes Object unterschieden. Jene werden zu klaglosen durch Unfähig-

26) F. W. L. v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen nach R. R. Erster Band. Marburg 1835. §. 18. (S. 339 ff.)

keit oder Mangel in dem Subject oder in der Form,[27]) diese aber, welche nur uneigentlich natt. obll. genannt werden, sind Fälle, wo eine Leistung, wenngleich ohne rechtlichen Grund, doch nicht als Schenkung angesehen wird.[28]) Es ist ersichtlich, daß v. M. durch den einseitigen Gesichtspunkt der Ausschließung der soluti repetitio und durch die Annahme, daß Alles, was nicht donatio sei, als nat. obl. angesehen werden müsse, wieder mehrfach in alte von Anderen längst gemiedene Fehler zurückfällt. Eine andere von der Büchelschen abweichende genauere Classificirung und Begründung der natt. obll. versucht C. Sell;[29]) er geht von den beiden Extremen der möglichen Wirkung einer obligatio aus, der actio und der soluti retentio; zwischen diesen beiden, von denen die erstere die letztere immer einschließt, diese dagegen auch allein stehen kann, ist noch eine dritte Obligation denkbar, welche auf die soluti retentio gestützt die Wirkungen erzeugt, welche entweder von dem Begriff des debitor abhängen, wie Compensation und exceptio doli, oder anderweit bestellte Garantieen der Erfüllung gewähren, wie Novation, Pfand, Bürgschaft und Constitutum. Diese vier letzteren Wirkungen gehören stets zusammen, es ließe sich freilich auch die Zulassung

27) Es wird folgendermaßen unterschieden: 1) a. Mangel im debitor (servus, pupillus), b. im wechselseitigen Verhältniß der Obligationsinteressenten (servus und dominus, pater und filius familias), c. in der Form a, wenn das Object des Versprechens ein Kapitalwerth ist, und diesem nicht andererseits eine res correspondirt (nudum pactum insofern es die repetitio ausschließt) und b, wenn Zinsen nudo pacto zugesagt sind. — 2) Fälle ubi nat. obl. remanet (obl. restricta) und zwar a, wegen gleich anfänglicher widerrechtlicher Beschränkung (SC. Macedon.) oder b, wegen späterer Aufhebung der actio durch exceptio perpetua.

28) Uneigentliche natt. obll. 1) solche, die mit den eigentlichen nur das gemein haben, daß ihre Erfüllung keine Schenkung ist. — L. 26. §. 12. L. 32. D. de cond. indeb. (XII, 6.) L. 46. §. 2. D. de jure dot. (XXIII, 32.) und 2) solche, deren Erfüllung Schenkung ist L. 25. §. 11. D. de H. P. (V, 3.) — Diese letztern sind dann aber auch geradezu Schenkungen; wenn sie obll. genannt werden, so kann das nicht im juristischen Sinne gemeint sein.

29) In seinen und W. Sell's Jahrbüchern für historische und dogmatische Bearbeitung des Römischen Rechts. Erster Band. Braunschweig 1841. Abh. IV. Beitrag zur Lehre von der condictio indebiti.

einiger derselben ohne die andere denken, allein das, meint Sell, wäre eine Inconsequenz und daher unmöglich.[30]) Um also zu wissen, ob eine obligatio vorhanden sei, muß man jedesmal die denkbar geringste Wirkung, die soluti retentio zu Grunde legen; aus dieser ergiebt sich schon die Existenz einer vom Recht als getilgt betrachteten obligatio; finden wir aber außerdem die Möglichkeit einer der oben angeführten accessorischen Wirkungen anerkannt, so haben wir eine „vollwirkende" Naturalobligation; zu dieser kann nun endlich noch die actio kommen und so die obligatio auf die höchste Stufe der Wirksamkeit stellen.[31]) Diese Unterscheidung der Fälle, in denen die soluti repetitio ausgeschlossen ist von den übrigen, ist durchaus richtig, allein, indem auch Sell alle Fälle ersterer Art zu natt. obll. macht, kommt er zu Folgen, welche mit den Quellen nicht übereinstimmen, so z. B. bezeichnet er die obl. in diem vor Eintritt des dies als eine obl. naturalis, wofür die Quellen durchaus keinen Stützpunkt darbieten. Was den Ursprung und die Begründung der natt. obll. angeht, so giebt Sell nichts Ausführliches, offenbar weil die alte Theorie ihm ausreichend erschien, denn es läßt sich wenigstens bei ihm Nichts entdecken, was auf die Annahme einer abweichenden Ansicht hinweise.

Ein desto entschiedeneres Gewicht auf die bessere Beantwortung dieser letzgenannten Fragen legt aber v. d. Pfordten[32]) in seinen die nat. obl. betreffenden Arbeiten. Das Recht, sagt dieser Schriftsteller, indem er sich ausdrücklich auf die „gelungene" Darstellung Büchels bezieht, hat zwei Quellen, das jus civile und jus gentium, dieser Gegensatz auf die Obligationen angewandt giebt die Civil- und Naturalobligationen. In der älte-

30) A. a. O. S. 130. besonders not. 3.

31) Ebendas. S. 132. Anm.

32) Civilistische Abhandlungen. Erlangen 1840. Abhandl. II.: Ueber Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt mit einander verbundenen Personen. (S. 113—215.). — Archiv f. die civil. Praxis. Bd. XXIV. Nr. IV. Bleibt eine obligatio naturalis übrig, wenn Jemand, der wirklich Schuldner war, freigesprochen wird? — Dissertatio de obligationis civilis in naturalem transitu. Lipsiae 1843.

sten Zeit hat, fährt er fort,[33]) diese Dichotomie nicht bestanden, es hat eben nur proprium jus Romanorum gegeben, und insbesondere auch nur eine einzige Art von Obligationen, und auf diese bezieht sich die bekannte Institutionendefinition;[34]) erst der Praetor hat, als er dem jus gentium überhaupt Eingang verschaffte, auch die naturales obligationes eingeführt. Was die Rechtswirkung dieser letzteren angeht, so will v. d. Pfordten dieselbe nicht mit Büchel auf die exceptio beschränken, aber auch nicht auf der andern Seite der n. o. den Exceptionsschutz völlig absprechen, wie Unterholzner[35]) thut, sondern will das Charakteristische der n. o. allein in dem Mangel der actio sehen, und die übrigen obligatorischen Wirkungen ihr ohne Weiteres zugesprochen wissen.[36])

Hinsichtlich der Entstehungsgründe der einzelnen natt. obll. soll dann zwischen Obligationen unterschieden werden, welche sowohl dem jus civile als dem jus gentium entspringen, und solchen, für die das jus civile besondere Formen vorschreibt, während nach jus gentium der Consensus genügt (stipulatio), und endlich solchen, wo durch das Civilrecht eine Klage entsteht, aber nicht nach jus gentium (z. B. promissio durch vis oder dolus des Stipulanten herbeigeführt). Außerdem giebt es aber auch mehrere „facta obligatoria," welche, obgleich sie der naturalis aequitas gemäß sind, dennoch nicht alle Requisite des jus civile enthalten, und darum eine Klage nicht erzeugen. Der Mangel, wegen dessen eine obligatio civilis nicht entstehen kann, liegt dann entweder in der Form des Vertrags oder in der Qualität der Person.[37])

---

33) In §. 1. der erwähnten Dissertation.

34) Pr. J. de obll. (III, 13.)

35) Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. I. §. 6. S. 13.

36) In der dissertatio cit. pag. 7.: obligatio civilis actionem parit; naturalis actione quidem non est munita, sed ceteros obligationis effectus in se continet. — Ebenso Fein, im Archiv f. d. civ. Praxis Bd. XXVI. S. 179. a. E. — und früher ganz allgemein, s. z. B. Linde in Ztschr. f. Civilr. und Proc. Bd. 2. (1829.) — Vergl. auch v. d. Pfordten, in den Abh. S. 266. a. E.

37) Getrennt von den übrigen Naturalobligationen behandelt v. d. Pfordten die obligatio des filius familias aus dem mutuum. In diesem

Nach dieser Grundansicht sind in der citirten Dissertation alle Fälle aufgezählt, in denen nach Auflösung einer civilis obligatio durch exceptio perpetua eine n. o. übrig bleibt, wie andererseits in den Abhandlungen mit Erklärung der L. Frater a fratre sich eine genauere Ausführung der Naturalobligationen zwischen Personen findet, welche mit einander durch patria potestas verbunden sind. — Ein wesentlicher Fortschritt dieser Darstellungen gegenüber den früheren liegt darin, daß v. d. Pfordten die einzelnen Naturalobligationen wieder unter practische Gesichtspunkte zu bringen sucht, wie das die ältere Theorie und auch noch Weber niemals unterließ, und ferner darin, daß er die Büchelsche Theorie von der Beschränkung der Wirkung der n. o. allein auf die exceptio für ungenügend erklärte. Freilich verfällt er dabei, wie es scheint, wieder in den andern Fehler, überall wo die Existenz der n. o. bezeugt ist, auch augenblicklich auf das Vorhandensein sämmtlicher übrigen Wirkungen zu schließen. Entschieden falsch ist ferner die Darstellung des Verhältnisses von jus gentium und jus civile zu einander,[38]) da eine derartige Zusammensetzung der obl. aus zwei Theilen, wie sie z. B. bei der obligatio civilis gegen das SC. Macedonianum stattfinden soll, den Quellen völlig fremd ist. Dasselbe gilt auch von der durchaus unbewiesenen Behauptung, daß das jus gentium in dem Sinne, den offenbar v. d. Pfordten damit verbindet, erst später in das Römische Recht eingeführt sei; die Definition der Institutionen kann dafür jedenfalls nicht angeführt werden. Wie nun aber gerade aus dem jus gentium sich diese eigenthümliche Form der klaglosen Obligation ergiebt, warum eben die actio, die doch sonst die ganze obligatio umfaßt, nicht auch hier mit obligatio zusammenfällt, ist bei v. d. Pfordten ebensowenig genauer angegeben, als bei seinen Vorgängern.

Falle entstehe nämlich zugleich civilis und naturalis obligatio, erstere könne nur sogleich wieder durch die exceptio SCti Macedon. aufgehoben werden (s. l. l. pag. 12.)

38) Vergl. auch im Allgemeinen die Recension der Pfordtenschen Theorie in der Jenaer Allgemeinen Literaturzeitung (von Schmidt von Ilmenau) 1844. S. 95 ff.

Und dennoch ist es gerade diese Begründung der nat. obl. auf das jus gentium, welche wiederholt seitdem anerkannt worden. Schon der genannte Recensent der Pfordtenschen Abhandlung schließt sich in diesem Punkte dem Verfasser an, fühlt indessen dabei ganz richtig heraus, daß man mit dieser Begründung, in welchem Sinne man auch immer jus gentium nehmen mag, nicht überall zu einem befriedigenden Resultat komme, und bemerkt daher, man müsse dabei vorzüglich auf solche Sätze, wie: pacta sunt servanda und ähnliche sein Augenmerk richten. Da ist also wieder das nudum pactum der Stein des Anstoßes, nach welchem die Theorie gebildet werden soll, ebenso wie wenn Büchel die exceptio als Wirkung der n. o. hinstellt, u. s. w.

Trotz solcher und mancher anderer Bedenklichkeiten, von denen sogleich die Rede sein wird, hat sich dann auch Puchta[39]) für diese Zurückführung der natt. obll. auf das jus gentium erklärt, und ihm haben sich die meisten und bedeutendsten der neueren Juristen angeschlossen. Wir nennen von diesen hier nur Heimbach[40]) in seinem Artikel: obligatio, im Rechtslexikon; ferner Erxleben,[41]) der in seinem Werke über die Condictionen eine ganz besonders fleißige und eingehende Darstellung der Lehre von diesem Gesichtspunkte aus geliefert hat, und endlich v. Savigny,[42]) welcher im Anfange seines Obligationenrechts die Lehre von den naturales obligationes ausführlich zur Darstellung bringt. Dieselbe ist trotz mannigfacher Opposition bis auf den heutigen Tag die herrschende geblieben, und daher hier zum Schluß dieser Aufzählung etwas ausführlicher darzulegen.

Nat. obl. ist im Allgemeinen die dem jus gentium ent-

39) Pandekten §. 237 und Vorlesungen zu demselben §. — Institutionen. Band III. S. 65 ff.

40) Im Rechtslexikon s. v. obligatio, und Lehre vom Creditum. S. 477. Anm. 1. Hinsichtlich der Wirkung legt Heimbach ausschließlich Gewicht auf die soluti retentio.

41) Die Condictiones sine causa. Erste Abtheilung; die condictio indebiti. Leipzig 1850. §. 8. (S. 118 ff.)

42) Obl. Recht, Band I. S. 22 ff. — Vergl. auch System des heutigen Römischen Rechts. Band V. S. 378 ff.

springende obligatio, wie das in L. 84. §. 1. D. de R. J. (L, 17.) geradezu gesagt worden; wie durch das ganze Recht so geht auch durch das Obligationenrecht der Gegensatz von jus gentium und civile; es giebt nun Obligationen, die dem einen oder dem andern, oder endlich beiden „Rechtssystemen“[43]) gemeinsam angehören. Regel ist das letztere und nur ausnahmsweise ist die obl. allein dem jus civile angehörig und dem jus gentium fremd, oder dem letztern angehörig und im jus civile nicht anerkannt. Fragt man nun, welche Obligationen dem jus gentium angehören, so sind es diejenigen, welche nicht einer willkührlichen Anordnung, sondern der Anerkennung des natürlichen Verhältnisses und des darin liegenden Rechtselementes ihren Ursprung verdanken. Demnach können obll. juris gentium begründen:

Freier Wille des Schuldners (Vertrag);

Grundlose Bereicherung aus fremdem Vermögen;

Rechtsverletzung, insoweit die Delictsklage auf bloße Entschädigung geht.

Dem jus civile nicht aber dem jus gentium gehören an: die literarum obligatio, die nexi obligatio und eigentlich auch die stipulatio; aber selbst in diesen Obligationen liegt ein Moment des jus gentium, nämlich der Vertrag; ferner die obligatio rei judicatae und die Delictsobligationen auf poena.

Die Obligationen ex jure gentium sind nun practisch von denen des jus civile verschieden dadurch, daß jene Allen, auch den peregrinis, zugänglich sind, diese aber allein den civibus Romanis. — Ferner sind der schon angedeuteten Regel gemäß, die obll. juris gentium regelmäßig im jus civile anerkannt, und diese Anerkennung zeigt sich eben in der denselben beigelegten Klagbarkeit; einige sind jedoch wegen irgend eines entgegenwirkenden Umstandes, durch welchen sie mangelhaft werden, im Civilrecht nicht anerkannt, und diese versagte Anerkennung zeigt sich dann in ihrer Klaglosigkeit; sie sind tantum naturales obligationes.[44])

Dabei erheben sich nun zwei Fragen, zuerst nämlich die,

---

43) A. a. O. S. 24.

44) A. a. O. S. 34.

welches denn die Rechtswirkungen solcher im jus civile nicht anerkannten Obligationen seien. Diese Wirkungen sind in den Quellen sämmtlich einzeln genannt, es kommt daher nur darauf an, sie zu charakterisiren und danach ihre Nothwendigkeit und Zusammengehörigkeit mit der obligatio darzuthun. Die Versuche die nat. obll. nach dem Vorkommen allein der soluti retentio zu bestimmen, sind zu verwerfen, denn die soluti retentio reicht weit über das Gebiet der Obligationen, auch der klaglosen hinaus, vielmehr sind alle die in den Quellen genannten Wirkungen zusammen als die der n. obl. aufzustellen. Es sind dieses nämlich alle Wirkungen einer obligatio, welche ohne Klage gegen den debitor die Erfüllung der Leistung zu gewähren im Stande sind. Damit ist denn aber nicht ausgeschlossen, daß nicht in einem einzelnen Falle die eine oder andere dieser Wirkungen nicht stattfindet.

Ferner ist nach den Gründen zu fragen, aus denen das Civilrecht seine Anerkennung versagt hat. Diese lassen sich auf folgende Punkte zurückführen:

Mangelhafte Form bei Begründung der obligatio (n. obl. ex nudo pacto).

Mangelhafte Rechtsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit (n. obl. der servi und der filii mit dem dominus oder pater, des pupillus sine tutoris auctoritate und des filius familias contra SC. Macedonianum); ferner

Strenge Consequenz des Civilrechts (der Fall der L. 59. D. ad SC. Trebell (XXXVI, 1), obl. nach eingetretener cap. deminutio des Gläubigers oder des Schuldners) und endlich

Eigenthümliche Verhältnisse des Klagrechts (falsche absolutio des verus debitor, obl. nach Verjährung der actio, nach Verjährung des Prozesses und obl. nach dem Edictum quod quisque juris cet.)

Diese Obligationen sind vollständige, wenn auch klaglose Obligationen, davon sind aber solche Fälle, welche auch zuweilen natt. obll. genannt werden (nämlich die obl. ad dotandum, ad praestanda officia, obl. domini über den Betrag des peculii

und des Schuldners über die Competenz hinaus, und endlich die obl. ad remunerandum) wohl zu trennen.[45])

Daß nun diese natt. obll. durch den Wegfall der actio wesentlich von dem Charakter der obligatio einbüßen, wird unter Hinweis auf die Bemerkungen der Quellen, welche nur minus proprie und abusive von einem debere bei den natt. obll. geredet wissen wollen, und auf ähnliche schon oben angeführte Zeugnisse anerkannt,[46]) nicht aber wird versucht, diesen besondern Charakter der klaglosen Obligation näher darzulegen, vielmehr scheint man darüber einig zu sein, daß die klaglose Obligation wenn auch von geringerem Umfange so doch in dieser Beschränkung von gleichem Wesen mit der klagbaren Obligation sei. Weniger einstimmig, aber nicht weniger unklar sind die Anhänger dieser Theorie darüber, warum das jus gentium, das sie doch als einen Theil des positiven Rechts auffassen, mit dem andern Theil desselben, dem jus civile, in Widerspruch stehen, und warum dasselbe nicht die actio, wohl aber die übrigen doch auch unter Umständen zu einer actio führenden Wirkungen hervorbringen kann. Auf diese Frage hat nun ein Jeder je nachdem er unter jus gentium dieses oder jenes versteht eine andere Antwort. Nach v. d. Pfordtens Auffassung des Verhältnisses von jus gentium und jus civile ließe sich sowohl die Annahme einer obligatio als auch der Mangel der actio daraus erklären, daß das jus gentium eben den im jus civile gestellten Requisiten gerade für die actio nicht entsprochen habe; Heimbach, welcher das jus gentium mehr als jus peregrinorum faßt, erklärt den betreffenden Punkt daraus, daß das jus gentium, welches an und für sich volle Wirksamkeit gehabt, im jus civile nur eine theilweise und beschränkte Aufnahme gefunden habe. Besser noch und mehr noch den positivrechtlichen Character der nat. obl. wahrend, stellt Erxleben den Grund gerade dieser besondern Form der obligatio in einen Conflict der civilis und naturalis ratio. Dabei kann man wirklich das jus gentium als positives

45) v. Savigny sagt a. a. O. S. 100, diese Fälle seien mitunter nat. obll. genannt, können aber nicht im vollen Maße dafür gelten, sondern bieten nur einzelne Erscheinungen derselben dar.

46) A. a. O. S. 36.

Recht festhalten, zugleich aber Verbindungen desselben denken, welche der Art sind, daß die civilis ratio die obligatio negirt, z. B. die dem jus civile angehörige rechtliche Stellung des filius zum pater, unter denen die naturalis ratio die Möglichkeit von Obligationen anerkennt; die civilis ratio der unumstößlichen res judicata und das wirklich begründete Schuldverhältniß. Puchta und v. Savigny selbst haben über diesen Punkt sich nicht ausführlich geäußert, nur gesteht Letzterer, so sehr er auch sonst davor warnt, jus civ. und jus gentium nicht als zwei von einander geschiedene Dinge zu betrachten,[47]) ausdrücklich die Möglichkeit eines Conflicts zwischen beiden zu, und sieht offenbar gerade hier den Quellpunkt für die klaglosen Obligationen.[48])

Fassen wir alle diese Darstellungen zusammen, so erscheint es wohl als gerechtfertigt, wenn wir oben behaupteten, daß von Accursius bis auf den heutigen Tag dieselbe Theorie gegolten habe für die naturales obligationes. Überall ist die n. o. die dem jus gentium entspringende, überall sind die Wirkungen derselben dem jus gentium zugewiesen, die actio dagegen als ein Produkt des jus civile hingestellt, von dessen besonderer Anerkennung abhängig gemacht, und nur die Episode des Naturrechts dreht dieses Verhältniß für eine Zeit um, indem sie das Fehlen der actio, die sonst von selbst entsteht, dem positiven Recht zuschreibt. Geschwankt hat man nur in dem, was man unter jus gentium zu verstehen habe, und folgeweise, wie dieses zum jus civile stehe. Zuerst war es bonum et aequum, dann s. g. Naturrecht und zuletzt wieder positives jus gentium, d. h.

---

47) System., Bd. I S. 112. und Obl. R., Band I. S. 42 f.

48) Obl. Recht Band I. S. 43. und vorzugsweise S. 109 ff. wo die verschiedenen Arten giltiger und ungiltiger Obligationen danach abgehandelt werden, ob die Obligation von jus civile oder von jus gentium, oder von beiden zugleich bejaht oder verneint wird, und eben nach diesem Gegensatze werden dann auch die verschiedenen Naturalobligationen eingetheilt und zusammengestellt. Jus civile und jus gentium sind also zwei Bestandtheile des Rechts, welche über die rechtliche Begründung von Obligationen nicht immer nothwendig dieselben Regeln aufstellen, und wo nun dem jus gentium schon oder noch, nicht aber dem hier Anderes forderndem jus civile Genüge geschehen ist, da entsteht eine naturalis obligatio.

derjenige Theil des Rechts, welcher naturae consentaneum war, der naturalis ratio entsprach, und, wie schon gesagt, so sehr man sich auch dagegen sträubte, mit dieser naturalis ratio, auf welche man die klaglose Obligatio basirte, hat man doch wieder einen dem positiven Recht fremden Grund für dieselbe aufgestellt, und noch dazu einen so schwankenden. Denn was ist naturalis ratio? Man kann dafür wohl eine Definition angeben, allein die Anwendung derselben auf den einzelnen Fall dürfte oft sehr schwierig werden. Ist es z. B. der naturalis ratio angemessen, daß ein pupillus ohne Tutor obligirt werde oder nicht, ist es der nat. ratio angemessen, daß die res judicata unumstößlich ist oder nicht? Man sieht leicht, wie sich diese Reihe von Fragen noch vermehren ließe und es ist bereits von einem gleich zu nennenden Schriftsteller diese völlige Unsicherheit in das gehörige Licht gestellt worden.

Der Hauptfehler der ganzen Theorie liegt nun aber darin, daß man die gedachte Eintheilung des Rechts in jus gentium und jus civile benutzt hat, um die Entstehung von Rechten und Obligationen zu erklären, während, richtig aufgefaßt, diese Eintheilung bei der Frage, ob aus irgend welchem Grunde ein Recht oder Rechtsverhältniß entstanden sei, überall nicht in Betracht kommt. Es ist eine völlig verkehrte Auffassung, als ob die Römer ursprünglich nur das s. g. jus proprium civium Romanorum gehabt, und erst später z. B. durch Vermittelung des Praetors das jus gentium, d. h. das der ratio naturalis entsprechende Recht allmälig und zwar zum Theil vollständig, zum Theil unvollständig aufgenommen hätten. Das in dem Römischen Recht enthaltene jus gentium in dem angedeuteten Sinne ist so alt wie das Römische Recht selbst, und es sind davon die wenigen Punkte, wo die Römer jus peregrinorum, weil es gewissermaßen der naturalis ratio entsprach, wie z. B. die hypotheca, aufgenommen haben, ebensowohl zu trennen, wie das von den Römern nicht aufgenommene hier und da einmal erwähnte jus proprium peregrinorum. Ebensowenig ist es aber richtig im Recht von einer civilis und einer davon verschiedenen naturalis ratio zu reden, oder von zwei Systemen des jus civile und naturale, welche denn z. B. in Bezug auf die Frage nach Begründung der obligatio zu verschiedenen

Resultaten kämen. Die Sache verhält sich vielmehr folgender Maßen.[49])

Das Recht ist nicht ein willkührlich Gemachtes, sondern die Regel für die Ordnung der Verkehrsverhältnisse; diese tragen ihrer Natur nach die ratio für diese Regelung in sich, und diese ratio, wo sie schlagend hervortritt, als wirkliches Resultat der Vernunft, im strengen Sinne des Wortes, macht sich ohne besondere ausdrückliche Festsetzung schon deshalb geltend, weil das Recht eben den Verkehr vernünftiger Menschen mit einander zu reguliren hat. Aber auch darüber hinaus liegt selbst bei solchen Verhältnissen, für welche das eben Gesagte nicht gilt, in der Natur der Sache, in der natürlichen, sachgemäßen Auffassung der Verhältnisse eine bestimmte Regel vor, für deren Behandlung. Außerdem aber, weil diese Regel nicht für alle Punkte ausreicht und weil auch bei manchen Verhältnissen diese Regel nicht klar am Tage liegt, schafft sich ein jedes Volk seine bestimmten Formen, stellt seine besonderen Grundsätze auf für seinen Verkehr, bestimmt die Rechtsfolgen bestimmter Handlungen und Vorgänge, und giebt diesen Bestimmungen den besondern Stempel und Character seines eigenen Wesens, seiner eigenen Nationalität. Darum kann man denn in jedem Recht mehr oder weniger klar unterscheiden einen Bestandtheil, den das betreffende Volk geradezu gemacht, sich gesetzt hat — jus proprium, jus civile[50]) — und einen andern, den es nicht gemacht, sondern eben nur als in der Natur der Sache liegend anerkannt hat. Die Gesammtheit aller Rechtssätze, mögen sie nun ihrem Inhalte nach zu dem einen oder dem anderen dieser Theile gehören, stehen in Bezug auf ihre Begründung, d. h. in Bezug auf den Grund ihrer Rechtsgiltigkeit einander völlig gleich und bilden

---

49) Ueber jus gentium s. hauptsächlich: Dirksen, im Rhein. Museum f. Jurisprud. und Philol., Band I. Nr. 1 (wo auch die ältere Literatur angeführt ist.) — v. Savigny, System, Band I. §. 22. — Erxleben, Lehrbuch des Röm. Rechts, Band I. §. 24 und 25. — Voigt, die Lehre von jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer, Band I. Cap. 2, und an vielen andern Stellen.

50) §. I. J. de jure nat. gent. et civ. (I, 2).

ein einziges Rechtssystem, auch ist nicht eine Zeit zu unterscheiden, wo es in diesem Sinne nur Institute des jus civile, nicht aber auch des jus gentium gab, vielmehr sind manche, dem jus gentium angehörige Institute so alt, wie das Römische Recht selbst, z. B. der Erwerb herrenloser Sachen durch Occupation. Eine historische Entwicklung ist nur in sofern zuzugestehen, als in der ältesten Zeit die Formen für den Verkehr, und somit die Voraussetzungen für die Entstehung von Rechten weit mehr und in größerem Umfange eigenthümlich bestimmt waren, als in späterer Zeit. So war früher in jure cessio erforderlich, wo später traditio genügte, so waren bestimmte Formen für die Eingehung einer giltigen Ehe nothwendig, wo später die Erklärung des Consenses genügte, so war der Gebrauch der solennen Worte spondes, spondeo erforderlich für eine Stipulatio, später wurden auch andere ähnliche Worte gestattet, noch später sogar jedes consonans ab utraque parte intellectus für genügend erklärt, — während man zu dem weiteren Schritt auf dieser Bahn, auch die anders als durch Worte erklärte Übereinstimmung für genügend zu achten, nicht gekommen ist.

Der ganze Gegensatz zwischen jus gentium in diesem Sinne und dem jus civile bewegt sich also allerdings, wie auch v. Savigny, Puchta und die übrigen Genannten wiederholt aussprechen, auf dem Boden des positiven Rechts, es kann daher aber auch niemals die Giltigkeit und Rechtswirksamkeit eines Rechtsactes, eines Rechtsinstitutes daraus hergeleitet werden, daß es dem einen oder andern dieser Theile angehöre, und ebensowenig kann die Zubehörigkeit zu dem jus gentium die unvollkommene Wirkung irgend eines Rechtsinstituts erklären.

Man sollte überhaupt aufhören, dieser Eintheilung ein so großes Gewicht und einen solchen Einfluß auf die Betrachtung des Rechts und den Bau der Rechtssysteme einzuräumen, denn sie ist gar nicht bei Begründung des Rechts wirksam gewesen, sondern vielmehr eine erst später gemachte und zwar durch Vermittelung der Theoretiker und Philosophen, die es nachträglich versuchten, mit Benutzung ihrer Kenntnisse einheimischer und fremder Verhältnisse und Rechte und ihrer allgemeinen, abstracten Theorie vom jus naturale die Sätze des positiven Rechts auf diesen oder jenen Grund zurückzuführen, wobei sie denn

aber nicht einmal consequent verfuhren, vielmehr die Rücksicht auf erfahrungsmäßig allgemeine Giltigkeit eines Satzes oder Institutes mit der auf die innere Nothwendigkeit desselben abwechseln ließen; und sogar das Flüssige in diesem Gegensatz, so sehr eine solche Veränderung dem Wesen der naturalis ratio zu widerstreben schien, erkannten sie an, z. B. in dem Verhältniß der stipulatio zum jus gentium. Daß die Römischen Juristen solche Untersuchungen anstellten und Eintheilungen machten, hatte indessen auch seine wohlbegründeten praktischen Zwecke, dieselben lagen aber nicht da, wo man sie jetzt zu suchen pflegt, nämlich durch Auffindung einer Basis nach dem jus gentium neues Recht zu schaffen, sondern auf einer ganz andern nicht bloß für uns, sondern selbst für das Justinianische Recht völlig verschwundenen Seite. Das Römische Recht war Recht der cives Romani, alle non cives waren von der Theilnahme an demselben, also von den Befugnissen, welche sich aus der Anwendung des jus Romanum ergaben, ausgeschlossen, je mehr nun aber der Verkehr mit non cives zunahm, desto mehr mußte das Bedürfniß der Theilnahme dieser non cives am Verkehr, und zwar mit den rechtlichen Folgen desselben zunehmen, und man gestattete eine Theilnahme überall da, wo das Recht nicht in eigenthümlich römischem Gewande auftrat und so schon in der äußern Form oder in andern wesentlichen Requisiten den non civis ausschloß, und um nun die Fähigkeit der non cives für ein Rechtsinstitut, oder die Beschränkung desselben allein für die cives zu rechtfertigen und darzulegen, darum untersuchte man, ob dasselbe dem jus gentium oder dem jus proprium civium Romanorum angehöre. Als aber im Verlaufe der Zeit und in Folge des erweiterten Verkehrs neben diese strengeren Formen auch leichtere sich stellten, ja manche Geschäfte ganz formlos wurden, wenigstens keine andere Form verlangten, als die aus der Natur der Sache sich ergebende — was indessen immer nur in bestimmten Grenzen geschah und als Veränderungen des jus civile erschien —, erklärte man die aus dieser ihrer Natur sich ergebende Anwendbarkeit dieser freieren Formen für non cives wiederum aus deren Zubehörigkeit zu dem jus gentium, d. h. daß dieselben mit der Römischen Civität keinen Zusammenhang hätten. Man kann deshalb eben so gut sagen, daß

die stipulatio (außer in der Sponsionsform) juris gentium war, weil sie auch dem non civis zustand, als umgekehrt, daß sie diesem zustand, weil sie juris gentium war. Beides ist nur der Ausdruck für denselben Satz, nämlich daß diese Stipulationsform unabhängig ist von der besonderen national-römischen Satzung. Ein anderer Grund endlich für die Hervorhebung dieses Gegensatzes liegt in dem Vertragssysteme der Römer. Das nudum pactum begründet keine obligatio, es mußte die stipulatio hinzukommen, doch aber waren gewisse pacta ohne stipulatio klagbar und rechtsgiltig, und um dieses zu erklären, sagte man wieder, sie seien juris gentium. Als aber auch die stipulatio später dem jus gentium zugerechnet wurde, hatte man damit keinen Gegensatz mehr und überhaupt blieb durch Hervorheben der Momente des jus gentium auch in den dem jus civile angehörigen Sätzen und Instituten für das letztere kaum noch Raum, und der Gegensatz verwandelte sich in den zwischen jus strictum und aequum in der Weise, daß dem jus civile ohne alle Rücksicht auf Römische Nationalität, die lediglich durch die Form bindenden, der materiellen Grundlage entbehrenden Rechtssätze und Institute zugerechnet wurden.

Bei dieser Beschaffenheit des genannten Gegensatzes kann es uns denn auch nicht wundern, wenn wir denselben, wie allgemein er auch formulirt ist, dennoch durchaus nicht auf alle einzelnen Rechtssätze und Institute angewandt finden. Letzteres gilt auch von dem Begriff der obligatio im Sinne des juris vinculum u. s. w., welcher nirgends unter diese Eintheilung gezogen ist, und seiner Natur nach jedem der beiden Theile angehören kann; denn wenn die actio nur nach der vom Römischen Recht erforderten causa gegeben wird, und der Zwang nur eintritt secundum nostrae civitatis jura, so scheint damit die obligatio dem jus civile zugewiesen, wogegen doch auch die naturalis ratio in der Weise, wie die Römischen Juristen dieselbe auffassen zu einem ganz gleichen Begriff von obligatio führen mußte. Wo in den Quellen obligationes als juris gentium oder als ex jure gentium introductae genannt werden, sind es immer die Obligationsacte, nicht die daraus entstehende obligatio, welche auf das jus gentium zurückgeführt werden. Ferner sind diese dem jus gentium zugewiesenen Acte immer solche, welche

eine volle klagbare obligatio hervorbringen, und es ist daher nicht einzusehen, wie die Ableitung aus dem jus gentium zu einer klaglosen Obligation führt, denn daß hier für jene dem jus gentium entnommenen Obligationen, um ihnen die volle Wirkung, auch die actio beizulegen, noch ein Anderes, nämlich die Anerkennung hinzukomme, davon ist nirgends eine Spur, vielmehr zeigen die einzelnen betreffenden Stellen wieder deutlich, daß, wie bereits erwähnt, die Ableitung aus dem jus gentium gar nicht den Zweck hat, die Rechtsgiltigkeit einer obligatio darzuthun. So ist bei Hermogenian, in L. 5. D. de J. et J. (I, 1.) diese Ableitung hervorgehoben zum Zweck allgemeiner Construction des Rechts, und bei Paulus, in L. 1. D. loc. cond. (XIX. 2.) heißt der Miethvertrag naturalis und omnium gentium, um damit darzuthun, daß keine bestimmte verba zum Abschluß dieses Geschäfts erforderlich seien und bei Gaius ist die Ableitung für die stipulatio gemacht, wie schon erwähnt, um den Umfang der Anwendbarkeit danach zu bestimmen.

Sind nun die klagbaren Obligationen früher schon zum Theil, im Justinianeischen Recht aber fast alle auf das jus gentium zurückzuführen, insofern als die Entstehungsacte juris gentium sind, so muß das natürlich auch von den natt. obll. gelten, insofern sie auf dieselben Gründe basirt sind, allein dabei ist zu bemerken, daß die Ausnahmen, d. h. civile Gründe für eine obligatio eben so gut bei klaglosen wie bei klagbaren Obligationen sich finden, und daß mit einer derartigen Zurückführung auf jus gentium für die klaglosen Obligationen Nichts gewonnen ist, sobald wir dasselbe auf das positive Recht beschränken, denn es hieße das höchstens, daß sobald die klaglose Obligation überhaupt im Recht existirt, ist sie ihrem Inhalte nach, falls wir denselben nach dem Maße jener Eintheilung messen, auf das jus gentium zurückzuführen. — Daraus ist nun aber gerade ersichtlich, daß eine Ableitung aus dem jus gentium zum Zweck der rechtlichen Begründung der natt. obll. nothwendig über das positive Recht hinausgreift, unter jus gentium etwas Anderes versteht als eben das positive Recht.[51])

---

51) Das gilt auch von Savigny, System, Band I. S. 113, und ebenso: Obligationenrecht, Band I. §. 7. S. 43 a. E.

Der Hauptgesichtspunkt dieser Auffassung ist hier wieder das nudum pactum, man will in diesem eine causa obligationis nach jus gentium finden, während das jus civile dem pactum die Bedeutung nicht beilegt, und muß damit das jus gentium dem hier ausschließenden und innerhalb des positiven Rechts kein entgegenstehendes Recht zulassenden jus civile als ein außerrechtliches und doch, wenigstens bis auf einen gewissen Grad geltendes entgegensetzen.

Man könnte nun gegen alle diese Bedenken einwenden, daß im Römischen Recht jus gentium regelmäßig so viel ist, wie jus naturale, daß mithin der Name naturales obligationes von selbst auf die Ableitung aus dem jus gentium hinweise, zumal die natt. obll. sogar auch als solche, wodurch Jemand jure naturali obligirt werde, bezeichnet sind.[52] Allein wenngleich beide Ausdrücke als Synonyme vorkommen, so ist doch damit der Unterschied zwischen beiden keineswegs aufgehoben, namentlich läßt sich nicht behaupten, daß überall, wo natura und naturalis sich findet, das ohne Weiteres mit jure gentium vertauscht, oder überhaupt als ratione naturali erklärt werden könnte. Ein gewisser Zusammenhang wird freilich immer da sein, allein natura u. s. w. wird meistens ein specielleres bezeichnen. Wenn also in L. 84. §. 1. D. de R. J. (L, 17) natura debere ein jure gentium dare oportere genannt ist, so zeigt der Zusatz daß nicht jedes jure gentium debere diesen anderen Namen trägt, sondern nur ein bestimmtes, und wenn ferner gesagt ist, daß die servi nur zu Geschäften juris gentium fähig sind,[53] so folgt daraus wohl, daß ihre Obligationen der Entstehung nach juris gentium sind, nicht aber daß überall nur jure gentium klaglose Obligationen entstehen können; denn die sponsio pupilli und die n. o. remanens ex obligatione civili, welche sponsione geschlossen, sind doch sicherlich nicht ex jure gentium und dennoch obll. natt. zum sichern Zeichen, daß in Verbindung mit

52) Als Hauptbeweis ist von jeher die L. 84. §. 1. D. de R. J. (L, 17) angeführt. v. Savigny, System, Band I. S. 419. not. w. v. d. Pfordten, in der Dissert. S. 4. Puchta, Pand. §. 237. not. a. Erxleben, a. a. O. S. 123.

53) L. 8. §. 4. D. acceptil (XLVI, 4.)

obligatio natura und naturalis ein Anderes bedeuten müsse, als jure gentium. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch dadurch bestätigt, daß einer von denjenigen Juristen, welche zwischen jus naturale und jus gentium unterscheiden,[54]) die natt. obll. nicht dem jus gentium zuweiset, vielmehr in diesem keinen Raum für dieselben findet. Tryphoninus nämlich sagt in L. 64. D. de cond. ind. (XII, 6.) daß jure gentium die servitus eingeführt worden, jure naturaliter aber alle Menschen frei seien, und darum müsse in Bezug auf die condictio debitum und indebitum naturaliter aufgefaßt werden, was offenbar heißen soll, daß die nat. obl. des servus nicht nach jus gentium, wohl aber nach dem — von jenem also zu unterscheidenden jus naturale als Obligatio gelten müsse.

Gerade diese Unterscheidung ist es, worauf die alte Theorie, wie oben erwähnt, vielfach Rücksicht genommen, und es scheint auch als ob die neuere Theorie sich mit derselben wohl vereinigen ließe, da es dazu nur einer leichtern Modification derselben, nämlich einer etwas spitzeren Fassung der naturalis ratio in dem jus gentium bedürfte, allein wenn die natt. obll. als obligationes juris naturalis bezeichnet sind, so heißt das noch keineswegs, daß sie in einem dem jus civile entgegengesetzten jus naturale ihren Ursprung haben, und von diesem ihre Rechtsgiltigkeit ableiten, denn von diesem jus naturale gilt durchaus dasselbe, was oben von dem jus gentium gesagt worden, und wenn ein debitum juris naturalis genannt wird, so ist damit ebenso nur auf den Inhalt, den Charakter desselben hingewiesen, wie wenn es dem jus gentium zugewiesen wird.

§. 5.

Gegen diese Theorie vom jus gentium ist übrigens schon vor diesem Opposition erhoben. Bereits 1844 hat Holtius[1])

---

54) S. v. Savigny, System, Band 1. Beilage 1. S. 415.

1) Abhandlungen civilistischen und handelsrechtlichen Inhalts von Dr. C. A. Holtius, übersetzt von Sutro, Utrecht 1852. Erste Abhandlung: über die Lehre von der naturalis obligatio im Römischen Recht. Gelesen in der dritten Classe des Königl. Niederl. Instituts, den 29. Jan. 1844. (Holländisch in Nederlandsche Jaar-

gerade die rein civile Aufhebung der obligatio die nat. obl. bestehen läßt,[9]) so scheint doch auch bei ihm die obl. aus einem doppelten Grunde, dem jus civile und dem von diesem zu unterscheidenden jus naturale zusammengesetzt zu sein, und es gilt daher auch hier wieder, was oben gegen diese Ableitung gesagt worden.

Die Rechtswirkungen der nat. obl. finden wir endlich bei Holtius wohl aufgezählt,[10]) aber ohne Nachweis des Zusammenhanges unter sich und im Gegensatz zur actio; das Hauptbestreben des Verfassers scheint vielmehr dahin zu gehen, diese Wirkungen als möglichst geringfügig, und das ganze Institut als ein namentlich für das heutige Recht unbrauchbares hinzustellen. Zu diesen Zwecken wird hervorgehoben, daß die natt. obll. in den Quellen wohl obll. nullae genannt werden und daß für nat. debita und debitores auch indebitum vorkomme und daß, wie oben angeführt, diese debitores nur minus proprie und abusive so heißen, von den Wirkungen sei die Ausschließung der soluti repetitio, eine Wirkung, die durchaus nicht immer eine obl. voraussetze, nicht überall sicher, die sponsio und novatio, welche zu diesen Wirkungen gerechnet würden, seien gerade in dem Hauptfalle, der obl. servi nicht anwendbar; die Zulässigkeit der Pfandstellung stehe freilich im Allgemeinen fest, das Pfandrecht entbehre aber wieder der Klage bei der obl. ex SCto. Macedon., wogegen in dem Falle der L. 59. D. ad SC. Trebell., wo die Pfandklage anerkannt sei, diese sich nicht auf die n. o., sondern umgekehrt die n. o. auf die Pfandklage stütze. Die Möglichkeit des Gebrauchs der n. o. zur Compensation sei einmal freilich ganz allgemein anerkannt, dann aber ebenfalls nur einmal angewandt, und zwar in einem Fall, wo ex eadem causa compensirt, also eigentlich nur die actio auf den durch den ganzen Contract gegebenen Umfang eingeschränkt werde; die Möglichkeit eines constituti ließe sich auch ohne n. o. erklären.

Auf diese Verschiedenheiten der n. obll. nach ihren Wirkungen auf die individuelle Beschaffenheit jeder einzelnen n. o. hat auch bereits die ältere Theorie aufmerksam gemacht, und so redu-

---

9) A. a. O. S. 18 f. 10) A. a. O. S. 24.

cirt sich das Verdienst Holtius' darauf, die Nothwendigkeit der causa civilis für die n. o. besonders hervorgehoben zu haben. Daß er demgemäß das nudum pactum aus der Reihe der Gründe für eine n. o. gestrichen, ist ebenfalls als richtig anzuerkennen, allein seine Darstellung dieses Verhältnisses kann unmöglich befriedigend genannt werden, denn die Behauptung, daß die Fälle des natura debere lediglich ein debere im Sinne einer Pietätspflicht enthalten, ist einmal aus den Quellen nicht zu erweisen, wird ferner namentlich auch bei dem nudum pactum durch den Inhalt des Verhältnisses nicht unterstützt, und ist endlich wohl kaum mit dem für solche Gründe doch nicht passenden Namen naturalis zu vereinigen. Gerade über die oben von uns hervorgehobenen Hauptpunkte giebt Holtius überall keine Auskunft, offenbar, weil er trotz seines Widerspruches sich doch noch nicht völlig losgemacht hat von der gemeinen Theorie.[11])

In Anschluß an diese Abhandlung hat noch ein anderer holländischer Jurist[12]) den Versuch einer neuen Begründung der n. o. gemacht, indessen ohne von unserer neueren romanistischen Literatur mehr als einige Bruchstücke zu kennen. Dieser Schriftsteller will ebenfalls die n. o. dem positiven Recht zugewiesen wissen, wie dieses auch von den Römischen Juristen, da wo sie einzelne Fälle entscheiden, geschehen sei; bei allgemeinen Erörterungen hätten dieselben indessen die Grenze gegen das Naturrecht nicht überall streng festgehalten, und dieses jus naturale sowohl, wie die pietatis causa mit in das positive Recht hereingezogen; darum müsse eben unsere Theorie von der der Römer abweichen, da wir dieselbe nur nach den einzelnen Anwendungen und ungebunden von diesen allgemeinen Anschauungen der Römischen Juristen aufzustellen hätten.

In dem jus naturale, dem Naturrecht, sieht O. die richtige Grundidee des positiven Rechts, die aber von unmittelbarer Anwendbarkeit ganz ausgeschlossen ist, die nat. obl. ist eine

11) Vergl. die Rec. v. Esmarch in G. G. A. 1853 v. 4. April — und Brinz krit. Bl. Heft 2. S. 59 f.

12) Opzoomer, dissertatio juridica inauguralis de naturali obligatione. Lugduni Batavorum 1845.

obl. dieser Idee entsprechend, aber eben so gut eine obligatio, wie die civilis, nur ohne actio, und entweder Überbleibsel einer früheren unwirksamen obl. oder von vorn herein schon eine unvollkommene. Diese letztere ist entweder an sich ohne alle Wirkung und erhält dieselbe ausdrücklich durch das Gesetz (z. B. obl. ex nudo pacto), oder sie hat an sich volle Wirksamkeit, das Gesetz aber restringirt dieselbe (obl. contra SC. Macedon.) Hinsichtlich der einzelnen Fälle der n. o. hat man sich überhaupt genau an die Quellen zu halten[13]) und ist dabei Nichts auf die Bezeichnung naturalis zu geben, da diese offenbar auf der falschen allgemeinen Idee der Römischen Juristen von jus naturale ruht. Wesentliche andere Punkte sind unberührt gelassen, die schwache Seite der alten Theorie ist ganz richtig erkannt, allein das dagegen vorgeschlagene Mittel doch auch keineswegs empfehlenswerth, da nach demselben die ganze Lehre von der Benennung naturalis unabhängig würde, was doch den Quellen entgegen ist, welche umgekehrt gerade aus dieser Bezeichnung heraus die Lehre entwickeln. Der Stein des Anstoßes ist auch bei D. das nudum pactum; er sieht sich dadurch gezwungen, zwei in ihrer Begründung einander gerade entgegengesetzte Arten von nat. obll. anzunehmen, welche das Recht nicht kennt, und die eben nur gemacht worden, um das naturaliter debere ex pacto, das nun einmal nicht wegzuleugnen ist, mit den übrigen, damit unvereinbaren Grundsätzen über n. o. in Einklang zu bringen.

Ähnlich wie Holtius, aber von diesem unabhängig und weit tiefer in das Wesen der n. obl. eingehend ist die Erörterung von Brinz, welche in Form einer Kritik unmittelbar an v. Savigny's Darstellung anknüpft.[14]) Brinz beginnt mit einer Prüfung der einzelnen von v. Savigny aufgestellten natt. obll., will die obl. pupilli auf gewisse Fälle beschränken, und die obl. ex nudo pacto, die eine Ableitung aus der Exceptionswirkung des nudi pacti sei, nur bei Nebenpacten anerkennen, und endlich die von v. Savigny s. g. unvollkommenen natt. obll. nur zum Theil hiehergerechnet wissen. Daß aber

13) l. l. pag. 52.

14) Kritische Blätter Nr. 2 (1853) S. 12 ff. Dazu jetzt dessen Lehrbuch der Pandekten, Band I. S. 571 ff.

diese n. o. nicht aus dem jus gentium abzuleiten sei, daß die Römer an solche Ableitung gar nicht gedacht haben, beweist L. 49. §. 2. D. de pecul. (XV, 1); dasselbe ergiebt der Umstand, daß alle Obligationen des pupillus, also auch die sponsio eine n. o. hervorbringen, und, muß man beifügen, von allen klagbaren Obligationen actione sublata, eine n. o. übrig bleiben kann. Ist aber die causa n. o. eine civilis, so kann der Grund dieser ex jure civili begründeten obligatio nicht in einem von dem jus civile nicht anerkannten jus gentium liegen. Überhaupt kann der Grund für die Klaglosigkeit der obligatio nicht in der causa derselben liegen, da es sonst unbegreiflich wäre, wie eine und dieselbe causa bald eine klagbare, bald eine klaglose Obligation hervorbringt, und da in Bezug auf die causa die klaglose Obligation ebenso eine in jure civili anerkannte ist, wie die klaglose. Und dann, warum soll die Nichtanerkennung der obl. durch das jus civile gerade den Mangel der actio wirken, alle übrigen Folgen der obl. aber unberührt lassen? Liegt nicht darin, daß man die n.o. als zur Compensation und zur Retention brauchbar erachtet, und dieselbe für eine genügende Grundlage zur Bestellung von Pfändern und Bürgen erachtet, wiederum eine Anerkennung durch das jus civile? und ist es nicht umgekehrt ebenso schon allein dem jus gentium, d. h. der naturalis ratio entsprechend, daß eine auf diesem Grunde erwachsene obl. auch eine wahre Zwangsverbindlichkeit sei, dem Gläubiger eine actio gewähre?

Und wie unbestimmt, wie unfaßbar ist dieses jus gentium, wie sehr fällt es mit der alten lex naturalis außerhalb des positiven Rechts zusammen![15] Das zeigt sich gleich wieder an dem nudum pactum, denn mit Recht hebt Brinz hervor, daß das in dem positiven Recht enthaltene jus gentium doch schwerlich den irgend wie geäußerten formlosen obligatorischen Willen als einen bindenden anerkennen könne; wer das Gegentheil behaupte, dehne damit das jus gentium wieder über die Grenzen des positiven Rechts hinaus. Will man dagegen den positiven Charakter des jus gentium festhalten, so muß man, sobald irgend ein Satz desselben dem jus civile widerspricht, es

15) A. a. O. S. 28 ff.

als eben diesem jus gentium d. h. der naturalis ratio entsprechend ansehen, daß dann dem jus gentium überall keine rechtliche Folge gegeben wird, denn sonst käme man, was doch auch v. Savigny ausdrücklich verwirft, zu einem doppelten Recht, dessen Theile einander bekämpften, nicht neben einander hergingen.

Diese Bemerkungen Brinz's erscheinen als unmittelbare Anwendung des von uns oben allgemein Aufgestellten, daß nämlich überhaupt nicht zur Erklärung der Entstehung von Rechtssätzen und Rechtsinstituten dieser Gegensatz von jus civile und jus gentium in dem damit hier verbundenen Sinne gebraucht werden darf. Seine eigene Theorie faßt Brinz dann in folgende Sätze zusammen:[16]) Die natt. obll. sind dieselben obll. wie die civiles (klagbaren), also keine eigene Art von Obligationen, sie sind wie die civiles (klagbaren) sowohl juris civilis wie gentium: es giebt natt. obll., die als solche entstehen, und solche, die als civiles entstehen, aber als naturales übrig bleiben: die ersteren entstehen wie die civiles, die Mangelhaftigkeit liegt auf Seite der Personen, die letzteren können nur da vorhanden sein, wo die civilis obligatio getilgt, aber nicht erfüllt ist; der allgemeine Grund, weshalb Obligationen, welche nicht oder nicht mehr klagbar sind, dennoch in gewissem Umfang als Obligationen aufrecht erhalten werden, ist überall Vernunft (ratio) oder Billigkeit (aequitas), doch sollen auch, wie Brinz jetzt in seinem Pandektenlehrbuche[17]) hinzufügt, gewisse äußere Umstände einen Anhaltspunkt, ja theilweise den ersten Anstoß zu Aufstellung der n. o. gegeben haben. Dem Inhalte nach charakterisirt B. die n. o. dahin: sie ist zahlbar, nicht klagbar.— In engem Zusammenhang mit dieser Stützung der n. obll. auf die aequitas stehen dann auch die Vorstellungen, welche Brinz über den früheren, „noch unfertigen" Zustand der natt. obll. hat, und welche er in einer Skizze andeutet.[18]) Diese Obligationen sollen danach theils — nämlich die von Anfang an klaglosen — auf natürlichem Grunde entstanden, schon vor dem Recht vorhanden sein, theils — nämlich die nach Wegfall der actio übrig bleibenden — dieses natürlichen Grundes zwar nicht

---

16) A. a. O. S. 38. 17) S. 575. 18) Krit. Bl. a. a. O. S. 60 ff.

entbehren, doch aber erst Resultate einer auf diesem Grunde erwachsenen Deduction und Interpretation der Jurisprudenz sein.

Ein anerkennenswerther Fortschritt dieser Brinzischen Darstellung ist, daß hier mehr wie vorher jemals der Versuch gemacht wird, das Wesen der n. obl. im Gegensatz zu der klagbaren herauszustellen. Wenn Brinz nun aber dieses Wesen nicht unrichtig in der Erfüllbarkeit findet, so ist damit doch eigentlich nur das Symptom hervorgehoben, nicht aber angegeben, wie es kommt, daß Erfüllbarkeit ohne Klagbarkeit bestehe, und ferner ist mit dieser Charakterisirung nicht recht vereinbar, wenn Brinz dennoch der n. o. ein gewisses Zwangsrecht zuschreibt, insofern dieselbe durch Compensation, Retention u. s. w. geltend gemacht werden kann.[19] Überhaupt scheint es, als ob bei Brinz noch eine gewisse Ungenauigkeit in der Vorstellung von der klaglosen Obligation stehen geblieben ist, denn wenn er diese einmal als fast ganz beim Schuldner liegend bezeichnet, so giebt er doch nicht genau an, worin dieses „fast" seinen Grund habe. Ebenso ist bei der Aufzählung der dem Gläubiger außer der actio zustehenden Rechte nicht genau angegeben, in welchem Verhältnisse dieselben zu der actio stehen, und wenn er die klagbare obl. die höhere, die klaglose die niedere Stufe der obl. nennt, so ist nicht angegeben, ob die letztere bis auf die actio der ersteren völlig gleich ist, oder nicht. Dieselbe Unbestimmtheit zeigt sich auch an anderen Stellen seiner Schriften, z. B. bei der Besprechung des v. Savignyschen Obligationenbegriffs, wo B. wiederum fast zu dem Resultate kommt, daß das Recht des Gläubigers in der actio beschlossen sei, und ebenso in seinem Pandektenlehrbuche, wo er die n. o. unter die Rubrik: Rechtsschuld (im Gegensatz zu Forderung) stellt, an einer andern Stelle der n. o. die ganze Gläubigerseite abspricht, und dann doch auch wieder von naturalen Forderungen redet.[20]

Ein Widerspruch gegen seine eigenen Grundsätze über das Wesen der n. o. liegt ferner darin, daß B. es für nöthig hielt sich für die rechtliche Annahme einer n. o. auf ratio, aequitas

---

19) Vergl. auch Pandektenlehrbuch §. 132.
20) Pand. S. 538.

und selbst auf andere äußere Motive zu berufen. Ein consequentes Festhalten an dem Satze, daß die n. o. ebenso wie die civilis auf einer causa civilis ruht und eine eben solche obl. ist wie die klagbare, muß jede weitere Frage nach der Begründung der klaglosen Obligation abschneiden; sie drängt sich nur wieder auf, wenn man davon ausgeht, daß eine obl. ohne actio eben keine obl. sei, also wenn man den eben aufgestellten Satz über das Wesen der n. obl. aufgiebt. Brinz bemüht sich freilich auf das Anerkennenswertheste, die beiden Gründe, ratio und aequitas, welche auch nicht als unmittelbare Quellen, sondern als Motive für Aufstellung der Obligationen sollen angesehen werden, zu praecisiren, allein damit ist das Bedenkliche dieser Ableitung noch nicht gehoben, welches eben gerade darin liegt, daß für die n. obl., d. h. nicht für die Klaglosigkeit, sondern für die Existenz der obl., wo die actio fehlt, noch ein anderer Grund als der in L. 49. §. 2. D. de pecul. (XV, 1) angedeutete nöthig erachtet ist.

Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, daß die Römer selbst die n. o. auf die aequitas gestützt haben, denn wenn man auch die dafür angeführte Stelle[21]) ganz allgemein auf alle natt. obll. beziehen will, so ist in derselben doch keineswegs die aequitas als letzter Grund der obligatio aufgestellt, sondern damit nur auf die unvollkommene Wirkung der n. o. hingewiesen; die n. o. wird eine in einem vinculum aequitatis bestehende genannt, weil bei dem Mangel des Forderungsrechts es mehr oder weniger der Willkühr des debitor, oder doch seinem billigen Ermessen anheimgegeben ist, ob er sich gebunden erachten wolle. Dem entspricht dann conventionis aequitas, worin die Unerzwingbarkeit der conventio angedeutet ist, keineswegs läßt sich aber aus dieser Stelle der Beweis entnehmen, daß die Römer die n. o. aus der aequitas abgeleitet haben. Denn auch

21) L. 95. §. 4. de solut. (XLVI, 3) Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita justo pacto vel jurejurando ipso jure tollitur: quod vinculum aequitatis quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur. Ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur (Papin. lib. 28. Quaest.) — Brinz, a. a. O. S. 47.

andere Stellen lassen sich dafür nicht anführen, und wenn Brinz darauf hinweist, daß die vorhandenen natt. obll. den Anforderungen der Billigkeit entsprechen, so beweist das noch nicht, daß die aequitas bei den Naturalobligationen irgend welche andere Stellung hat, als bei den meisten klagbaren Obligationen. Brinz führt als eine auf der aequitas ruhende und aus derselben abzuleitende n. o. die an, welche unter Umständen nach eingetretener Confusion übrig bleibt, allein in L. 59. D. ad SC. Trebell. ist der Fortbestand der n. obl. nicht propter aequitatem sondern propter pignus angenommen, und durch Nichts ist angedeutet, daß diese Annahme der n. o. wegen des pignus auf einem Billigkeitsgrunde ruhe, sondern im Gegentheil wird die n. o. wie eine sich von selbst ergebende Consequenz hingestellt. Die obl. des filius familias aus dem Darlehn ist ferner, nicht wie Brinz will, auf die aequitas, sondern ausdrücklich auf den Inhalt des SC. Macedonianum gestützt: quod debitores exonerare noluit.[22]) Der Grund der obl. ist also eben das Darlehn und die obl. aus demselben wird durch den Inhalt des SCti. zu einer klaglosen. Ebensowenig kann für eine solche Begründung der n. o. auf die aequitas bei der obl. des capite minutus der Umstand in Betracht kommen, daß hier später allgemein eine in integrum restitutis eintrat, denn wenn letztere auch auf die aequitas zurückzuführen ist, so trifft das doch nicht den Grund der auch ohne die Restitution schon vorhandenen obligatio. Wie steht es nun aber mit dem andern Grunde bei Brinz, mit der ratio? Sie ist ihm nicht eine gewisse, vage Plausibilität, auch nicht die Schöpferin des Dinges, Rechts, der n. o. selbst, wohl aber eine geistige Kraft, welche Gegebenes anzunehmen und aus demselben das Nothwendige zu folgern zwingt.[23]) Sie ist kein Sondergut, weder des jus gentium, noch des jus civile, noch des Rechts überhaupt, wohl aber ein unentbehrliches Werkzeug der Jurisprudenz zur Weiterführung und Entwicklung des Rechts. So ist sie denn, um das im Einzelnen zu verfolgen, die Folgerung, daß wo immer etwas

---

22) L. 9. §. 4. D. ad SC. Maced. (XIV, 6.)
23) A. a. O. S. 45.

nicht ganz aufgehoben wird, etwas übrig bleibt, und darauf stützen sich die natt. obll., welche die exc. rei judicatae, die Proceß- und Klagenverjährung überdauern. So ist ferner, weil zwischen dem Gewalthaber und dem Untergebenen nicht eine vollkommene Vermögenseinheit besteht, sondern das peculium vom Gewalthaber nicht bloß factisch, sondern bis auf einen gewissen Grad auch rechtlich getrennt ist, auch im Übrigen das Soll und Haben zwischen Beiden in Ansatz und Abzug gebracht und diesem dadurch der Effect von Obligationen gegeben. Ein servus konnte nicht verklagt werden, gleichwohl sollen aus seinen Delicten Obligationen entstehen, in Folge deren der nicht selbst obligirte Herr durch den Praetor zur Übernahme der Klage und zur Praestirung bald des peculii bald des solidi gezwungen wird. War der Herr nicht selbst obligirt, so mußte die Obligation auf der Person des Sclaven ruhen, konnte aber in Anbetracht seiner nur eine naturalis sein.

Im Grunde heißt das aber nichts Anderes, als daß die verschiedenen Naturalobligationen keine willkührliche, durch positive Sätze geschaffene Gebilde sind, sondern nur Obligationen, welche durch besondere Verkettung von Umständen, sobald man nur die einschlagenden Rechtsverhältnisse in ihren Tragweiten richtig neben einander stellt, die Gestalt von unvollkommenen Obligationen annehmen. Das ist nun, wie schon oben in §. 1. angedeutet, ganz richtig, aber damit ist für die hier zu erklärende Frage Nichts gewonnen, denn die Römer argumentiren nicht so: der Wegfall der actio oder ein von vorn herein der actio entgegenstehendes Hinderniß läßt diese nicht aufkommen, die Natur dieses Hindernisses führt aber zu den und den Rechtswirkungen und diese nennen wir n. o.; sondern gerade umgekehrt, diese Rechtswirkungen werden abgeleitet aus dem Bestehen der n. o. Auf diesem Wege kommt man sicherlich nicht zum Ziel, auch wohl nicht mit den „gewissen äußeren Umständen", welche Brinz nicht näher angegeben hat. Er geht hier offenbar davon aus, daß wo keine actio, eigentlich auch keine obligatio, mithin auch wo jene aufgehoben, diese weggefallen, und dabei kann denn für eine klaglose Obligation kein Platz bleiben, sondern nur aus Gründen der Consequenz sich diese oder jene Rechtswirkung ergeben, als wenn eine obl. vorhanden wäre

und sollte hier nicht auch bei Brinz unwillkührlich die Rücksichtnahme auf das nudum pactum zu Inconsequenzen geführt haben? Denn sonst faßt Brinz ja eben die n. obl. wirklich als obligatio, identificirt also nicht obligatio und actio, verlangt ferner für die n. o. eine civilis causa — und nun doch noch eine weitere causa!

Ebenso muß man sich auch gegen die versuchte Vorgeschichte der natt. obll. erklären, denn bei gleichen Entstehungsgründen sind sie eben wie alle übrigen Obligationen entstanden, und daher wie die meisten andern auf einen natürlichen, schon vor allem Recht vorhandenen und von diesem aufgenommenen Grund, sowie auf die Deduction und Consequenz der Jurisprudenz zurückzuführen. Indem nämlich die Behauptung einer vorhandenen n. o., wo überhaupt in den Quellen eine Erklärung beigefügt ist, durch den Nachweis der allgemeinen Requisite der obligatio und actio in Anwendung auf das speciell vorliegende Verhältniß gestützt wird, erscheint die n. o. als Resultat juristischer Deduction, allein der Gegenstand dieser Deduction ist nicht, wie Brinz meint, ob trotz des Mangels der actio, dennoch eine obl. vorhanden, sondern warum die actio fehle, und warum trotzdem die obligatio noch in diesem oder jenem Umfange sich als wirksam erweise.

So bleiben auch bei Brinz trotz des vielen Vortrefflichen, namentlich des gegen die alte Theorie Gesagten, noch manche Unklarheiten; das Ganze hat, wie er es denn jetzt selbst zum Theil zugesteht, den Charakter des Unfertigen,[24]) weswegen man B. aber nicht tadeln darf, da seine Arbeit als Recension der alten Theorie auftritt und in sehr bescheidener Weise die eignen Ansichten des Verfassers nur als einen prüfenswerthen Versuch einer bessern Theorie giebt. Und wir müssen gestehen, daß dieser Versuch nicht bloß prüfenswerth ist, sondern in manchen Punkten auch die strengste Prüfung aushalten dürfte. Aber dennoch bleiben manche Schwierigkeiten unüberwunden, manche Fragen ungelöst; die neue Theorie erscheint der alten gegenüber unvollständig und lückenhaft und so kommt auch das Richtige in ihr nicht zu der verdienten Geltung.

---

24) Pand. S. 575.

Auch ein anderer Recensent des v. Savignyschen Obligationenrechts hat sich gegen die Theorie vom jus gentium, wenn auch nicht so entschieden ausgesprochen, nämlich v. Scheurl.[25]) Er tadelt ganz mit Recht, daß v. Savigny im Widerspruch mit seiner sonstigen völlig richtigen Auffassung von jus gentium und dessen Verhältnisse zum jus civile sich der irreführenden theoretisirenden Ausdrucksweise der Römischen Juristen bediene. „Wenn immer wieder von einem Ursprung jener (natt.) obll., einem Abstammen derselben aus dem jus gentium, ihrer Anerkennung oder Nichtanerkennung von Seiten des jus civile die Rede ist, so erregt das Alles unwillkührlich die falsche Vorstellung, als seien damit wirkliche historische Verhältnisse gemeint, als sei z. B. das Darlehn und die condictio wegen grundloser Bereicherung zu irgend einer bestimmten Zeit aus einem schon früher vorhanden gewesenen jus gentium erst in das Römische Recht übertragen worden."[26]) Ob ein Rechtsinstitut, fährt v. Scheurl fort, der naturalis ratio angehöre, oder, die Frage richtiger gefaßt, ob dieses Rechtsinstitut von den Römischen Juristen auf die naturalis ratio zurückgeführt werde, bleibt immer eine historische Frage, denn sie ist nur aufgeworfen, um den Rechtsstoff, der bereits vorhanden war, zu bewältigen, und da die Juristen dabei auf dem Boden des positiven Rechts stehen, so ist auch das, was sie nat. ratio nennen, möglicher Weise ein anderes, als was wir auf diesen Grund zurückführen. Es giebt keine absolute existirende nat. ratio, aus welcher dann zu schließen wäre, ob der oder jener Satz naturalis juris sei oder nicht.

Demnach soll denn auch die Frage, ob eine nat. (klaglose) obl. in dem einzelnen Falle vorhanden, als eine wahrhaft historische behandelt werden; v. Scheurl will also die natt. obll. nicht auf das jus gentium, als auf einen allgemeinen Ursprung zurückführen, wohl aber als natt. obll. diejenigen bezeichnen, welche nach Römischer Auffassung der nat. ratio entsprechen, und es ist das, meint er, überall der Fall, wo es unbillig wäre, deßhalb weil der Gläubiger eine Klage gegen den Schuldner

25) (Heidelberger) Kritische Zeitschrift, Bd. I. S. 504.
26) A. a. O. S. 501.

nie gehabt, oder verloren hat, die Gewährung und Unterlassung der Leistung als völlig der Willkühr des Schuldners anheimgegeben zu denken;[27]) als aequitas ist aber, wie als naturalis ratio nur das anzusehen, was die Römischen Juristen dafür gehalten haben. Auf diese Grundlage will v. Scheurl alle natt. obll. zurückführen und dadurch allein schon, auch wenn die positiven Zeugnisse dafür nicht stichhaltig wären, die obl. ex nudo pacto rechtfertigen; lediglich die obl. zwischen den durch Hausgewalt Verbundenen mache dabei eine Ausnahme, diese habe ihre besondere Voraussetzung und Grundlage, wie das auch L. 49. §. 2. D. de pecul. andeute. Allein das ist eben die Frage, ob diese L. cit. nicht völlig allgemein zu verstehen sei, und wie es scheint ist auch v. Scheurl nur durch die Rücksicht auf das nudum pactum zu dieser Erklärung gekommen. Ferner muß es doch auffällig erscheinen, daß gerade die bedeutendsten Fälle der n. o., diejenigen, an denen sich höchst wahrscheinlich das ganze Institut entwickelt hat, nicht unter die aufgestellte Theorie passen. Dann gilt hier ferner auch wieder das, was oben gegen die Ableitung der n. obl. aus der aequitas gesagt ist, und es macht in Bezug auf diesen Punkt keinen Unterschied, ob v. Scheurl diese aequitas noch bestimmter dem positiven Recht zuweist. Ist die aequitas in das Recht wirklich aufgenommen und hat dieselbe, oder richtiger gesagt, das Recht auf Grund der aequitas eine obl. aufgestellt, so ist nicht einzusehen, und wenigstens unerklärt geblieben, warum dieselbe klaglos sei. Wäre nun aber auch, nach v. Scheurl eben nur zuzusehen, wo die Römer eine n. o. annehmen, was indessen, da auf das Wort allein doch nicht das ganze Gewicht gelegt werden könnte, stets seine großen Schwierigkeiten haben würde, so bliebe doch daneben für uns jedenfalls noch die Aufgabe, das Wesen dieser klaglosen Obligation uns zu verdeutlichen. v. Scheurl thut das indessen nicht weiter als daß er die Wirksamkeit der n. o. dahin bestimmt, es könne die darin liegende Berechtigung und Verpflichtung in jeder Weise geltend gemacht werden, welche von der Klagbarkeit der Berechtigung unabhängig ist, so daß dadurch eine gewisse Befriedigung des Gläubigers oder Erfül-

27) A. a. O. S. 516.

lung der Verbindlichkeit indirect herbeigeführt wird;[28]) diese Wirkungen sind der Art, daß sie die Kluft ausfüllen, welche nach jus strictum zwischen den beiden Extremen, der Erzwingbarkeit der Handlung durch Klage und ihrer völligen Freiwilligkeit liegt; das jus strictum kennt außer der Erzwingbarkeit durch actio nur die vollkommene freiwillige Handlung, das jus aequum, auf dem die n. o. ruht, noch das dritte, daß die Erfüllung rechtlich nothwendig, aber nicht (geradezu) durch actio erzwingbar ist.

Aber ist denn wirklich die Erfüllung der n. o. rechtlich nothwendig? Ist sie freiwillig geschehen, so gilt sie rechtlich als Erfüllung, allein indem das Recht die actio versagt, versagt es die einzige Möglichkeit die Zahlung nach dem Willen des Gläubigers herbeizuführen, erklärt sie also gerade nicht als nothwendig. Nur die Möglichkeit, n. obll. zur Compensation zu gebrauchen, scheint dem entgegen zu sein, aber das scheint auch nur so, da die Compensation Berufung auf geschehene solutio ist, und andererseits hat gerade v. Scheurl die Compensation als die vielleicht zuletzt eingeführte und mit den übrigen nicht völlig zusammenstimmende Wirkung der n. o. bezeichnet.[29])

Im Grunde läßt sich denn auch v. Scheurl's Theorie, trotz des scheinbaren Widerspruchs mit der v. Savigny's in Einklang bringen, denn wenn Letzterer das jus gentium, auf welches er die n. o. ableitet, als einen Bestandtheil des positiven Rechts hinstellt, so ist auch damit die Quelle der n. o. auf das eingeschränkt, was nach den Ansichten der Römer jus gentium, naturalis ratio war, und wie wenig beide Ansichten von einander abweichen, zeigt dann auch das gerade in wesentlichen Punkten gleiche und gleichbegründete Resultat, z. B. bei der n. o. ex nudo pacto.

Darum hat sich denn die alte Theorie noch immer in ihrer Herrschaft behauptet, und ist, namentlich im Gegensatz gegen Brinz wieder vertheidigt. Das geschieht z. B. von R. Schulze in einer Abhandlung über die n. o. des pupillus,[30]) welche sich

---

28) A. a. O. S. 505.

29) Beiträge zur Kunde des Röm. Rechts (1853). S. 171.

30) De naturali pupillorum obligatione, qui sine tutoris auc-

im Bezug auf die Frage nach dem Wesen der n. o. genau an v. d. Pfordten und v. Savigny anschließt, unter Verwerfung der Brinzischen Einwendungen. S. scheint übrigens die Gründe und die Bedeutung von Brinz's Ausführungen zu unterschätzen; denn wenn er meint, daß Brinz nur darum dem jus gentium seinen positiven Character bestreite, weil er nicht im Stande, die Streitigkeiten über das nudum pactum und das negotium pupilli zu beseitigen, so ist zuzugeben, daß gerade dieses ein bedenkliches Zeichen ist dafür, daß der Inhalt dieses jus gentium sehr unbestimmt, allein der wahre Grund für Brinz ist doch wohl der, daß die Römer die n. obl. eben nicht aus diesem jus gentium, sondern aus denselben causis civilibus herleiten, denen die klagbaren ihren Ursprung verdanken. Und daß gerade die Klaglosigkeit, diese besondere Form und Gestalt der obl. nicht dem jus gentium in irgend welchem Sinne, sondern recht eigentlich dem besondern jus civile angehört, versteht sich von selbst. Eben so wenig hat Schulze Brinzens Behauptung zu beseitigen vermocht, daß die natt. obll. dieselben seien wie die civiles, denn die Behauptung, daß der Wirkung nach die einen Obligationen nur civiles die andern nur naturales seien, gilt eben nur für den jedesmaligen einzelnen Fall, wogegen es doch unbestritten ist, daß es sowohl klagbare, als auch klaglose Obligationen ex mutuo, ex emto u. s. w. giebt. Die Einwendung endlich, welche Schulze gegen Brinzen's Behauptung macht, daß der Grund der Klaglosigkeit in der Person des Contrahenten liege, ist allerdings in gewissem Umfange richtig, von Brinz aber für die actione sublata zurückbleibenden Obligationen gar nicht aufgestellt.[31])

Auch Arndts[32]) ist neuerdings bei der alten Theorie geblieben; wie andere neuere Schriftsteller dazu stehen ist nicht deutlich, jedenfalls aber nicht zustimmend und wie es scheint weit über v. Savigny hinausgehend ist die Bemerkung von

---

toritate contraxerunt, secundum principia juris Romani. Gryphiae. 1854. pag. 13. not. 21 sqq.

31) S. Brinz, krit. Bl. S. 42. Nr. 4. und S. 44. Nr. 5. — jetzt auch Pand. S. 534.

32) Pandekten (3. Aufl. 1859) §. 217.

Windscheid,[33]) die Naturalobligation sei ein unorganischer Bestandtheil des Rechtssystems, der nicht innerhalb sondern außerhalb desselben stehe.[34]) Dagegen bemerkt Kuntze in seiner Recension des Windscheidschen Buchs über diese Auffassung der n. o.: „Gegen diesen Nothsatz muß ich mich auf das Entschiedenste erklären, denn ich halte den Ausbau der Lehre der Naturalobligationen für eine der wichtigsten Schöpfungen der Römischen Jurisprudenz und für einen wesentlichen Bestandtheil des Systems des classischen Rechts."[35]) Die gemeine Theorie kann damit nicht gemeint sein, denn nach dieser behalten die natt. obll. doch stets ihren Ausnahmscharacter, sowohl in Bezug auf Begründung wie auf Wirkung, und sind nicht Producte der Römischen Jurisprudenz. Wie Kuntze sich weiter und genauer die Stellung und das Wesen der Naturalobligationen denkt ist nicht angegeben; es ließen sich darüber höchstens aus andern Äußerungen Vermuthungen aufstellen, fest dagegen dürfte stehen, daß ihm die gewöhnliche Theorie von der Anerkennung resp. Nichtanerkennung des jus gentium im jus civile nicht genügend erscheint.

Ehe wir nun aber zur Darlegung unserer Erklärung der n. obl. auf einer andern Grundlage als der bisherigen Theorie schreiten, müssen wir hier noch eines vereinzelten, scharfsinnigen und dennoch als verfehlt zu bezeichnenden Versuchs gedenken, der sich seines Inhalts wegen, und weil er auf die Entwicklung der Lehre ohne allen Einfluß geblieben ist, im Verlauf der vorstehenden Darstellung nicht wohl einfügen ließ, wir meinen die Theorie von Christiansen.[36])

Dieser Schriftsteller betont im Gegensatz zu fast sämmtlichen neuern Bearbeitern dieser Materie wieder die Bedeutsamkeit der soluti retentio, bezeichnet sie als die „durchstehende Wir-

---

33) Die Actio. Abwehr gegen Dr. Theodor Muther. Düsseldorf 1857. S. 22.

34) Auch Brinz sagt einmal die n. o. sei eine Verkümmerung der obl., und man könnte dafür das tantum nat. anführen. Es ist damit aber wohl nicht dasselbe gemeint wie bei Windscheid.

35) Schletter, Jahrb. Band V. nr. 1.

36) Zur Lehre von der naturalis obligatio und condictio indebiti. Kiel 1844.

kung“ der n. o. und als hinlängliches Kennzeichen einer solchen. Während nun aber die früheren Juristen durch eine schrankenlose und ausschließliche Hervorhebung dieses Punktes zu ganz unhaltbaren Resultaten gekommen sind, sucht Ch. von der andern Seite ein positives Grundprinzip für die klaglose Obligation¹, und findet dasselbe in dem Willen der Parteien. Die Respectirung dieses Willens, meint er, sei es, welche für diese Obligationen einige rechtliche Folgen, namentlich die Ausschließung der soluti repetitio hervorbringe. Dieser Wille, welcher bei klagbaren Obligationen ein gebundener, sei bei klaglosen ein freier „aber wirklicher“ Wille. Ch. geht ganz richtig davon aus, daß der Begriff einer Zwangsverbindlichkeit erst durch das positive Recht entstehe, und daher auch die juristischen Wirkungen der Naturalobligationen lediglich aus Gründen des positiven Rechts zu erklären seien, und weist darauf hin, daß bei einer klagbaren juristischen obligatio die Leistung selbst der Gegenstand, der Inhalt derselben sei, nicht aber die Folgen dieser Leistung, während umgekehrt bei der Naturalobligation gerade Nichts als diese Folgen vorhanden sei. So komme auch die n. o. stets nur als eine erfüllte, nicht als eine noch zu erfüllende juristisch zur Sprache, was auch schon die Römer dadurch andeuten, daß sie mehrfach sagen, die n. o. seien keine obligatio u. dgl. mehr. In der Zusammensetzung mit naturalis sei daher das Wort obligatio nur in unjuristischer Bedeutung zu nehmen, in welcher auch wir, wenngleich ungenau, von Verbindlichkeiten zu reden pflegten; juristische Bedeutung erhalte sie erst durch die Erfüllung, und der Grund dieser, und wiederum der obligatio liege nicht in der s. g. naturalis causa (welche damit zum Wenigsten theilweise für eine juristische erklärt wäre), sondern wie schon bemerkt in der freiwilligen Anerkennung von Seiten des debitor. Dieser Wille allein, nicht jene causa naturalis sei denn auch der einzige Entscheidungsgrund für die Existenz einer Naturalobligation.

Gegen diese Theorie muß nun aber eingewandt werden, daß die Behauptung Christiansens, die n. obl. komme in den Quellen immer nur als eine erfüllte, niemals als eine noch zu erfüllende vor, geradezu unrichtig ist. Es bedarf kaum eines Nachweises, daß die Quellen mehrfach von einem natura debere,

von einer nat. obligatio als von noch bestehenden Dingen reden, und daß sie ferner diesem debere rechtliche Wirkungen beilegen, wodurch, wenn auch indirect, eine Erfüllung desselben herbeigeführt wird. Wir erinnern hier an die Möglichkeit der Compensation mit natura debitis, und ferner an die Möglichkeit, für eine n. o. Pfand und Bürgen zu bestellen, worin doch sicher die Anerkennung der n. obl. als einer noch bestehenden enthalten ist. Ist aber die n. obl. schon vor der solutio da, so kann nicht erst diese solutio selbst und die darin liegende Anerkennung der letzte Grund der Wirkungen der n. o. sein, sondern diese solutio ist bei klaglosen Obligationen dasselbe wie bei klagbaren, und wie bei diesen auf eine juristische causa zurückzuführen, und es kann nur fraglich sein, ob auf dieselbe oder auf eine andere. Die Entscheidung im ersteren Sinne giebt die bereits erwähnte L. 49. §. 2. cit.

Ferner ist nach Christiansens Theorie die solutio in Wahrheit eine datio, da dieselbe eine Gabe ohne rechtlichen Grund ist. Durch die Willensmeinung des Leistenden kann eine Umwandlung des datum in ein solutum nicht bewirkt werden, da, wie die errore facta solutio, d. h. Zahlung ohne Zahlung zu beabsichtigen, beweist, daß die solutio unabhängig von dem deßfallsigen Wissen und Wollen des Zahlenden ist. Um nun diesem Widerspruch gegen die Quellen zu begegnen, welche eine wirkliche (nicht bloß von dem Willen abhängige) solutio der klaglosen Obligationen kennen, sagt Christiansen, es komme dabei nicht sowohl auf den subjectiven als auf den objectiven Willen an, die nat. obl. sei als eine der subjectiven Moral entsprechende Pflicht zu betrachten, welche das Recht als eine solche, d. h. als eine moralische Pflicht anerkannt habe, ohne sie damit in eine juristische zu verwandeln. Eine vom Recht anerkannte, d. h. im Recht für wirksam erklärte Verbindlichkeit ist aber eben, soweit diese Anerkennung reicht, eine rechtliche geworden, und es ist für die Rechtswirkung völlig gleichgültig, ob das Motiv einer solchen Anerkennung die Rücksicht auf die Anforderungen der Moral, oder irgend sonst Etwas gewesen. Genau genommen würde auch nach Christiansens Ansicht die n. o. trotz ihrer Anerkennung im Recht einer jeden Wirkung entbehren, denn wenn sie gerade als moralische anerkannt ist,

ist, so ist sie damit gerade vom Recht als eine dem Recht selbst fremde hingestellt. Höchstens ließe sich auf diese Weise die Ausschließung der soluti repetitio, nicht aber die übrigen Wirkungen erklären. Hier zeigt sich die Folge der fehlerhaften Annahme, daß die n. o. nur als erfüllt im Recht vorkomme, und die Ausschließung die repetitio soluti das Charakteristikum der n. o. sei. — Überhaupt hat Christiansen von allen natt. obll. gerade wohl nur diejenigen vorzugsweise ins Auge gefaßt, welche der causa civilis entbehren, und das Bestreben die obl. ex nudo pacto zu erklären und zu rechtfertigen, ist auch hier für die ganze Theorie maßgebend gewesen, denn die für die nat. obll. gleicher Maßen wie für die civiles aufgestellte Forderung der vollständigen causa civilis läßt sich vom Standpunkte einer moralischen Verpflichtung aus nicht erklären, da es doch für diese nicht erforderlich sein kann, daß gerade alle Requisite des Rechts immer erfüllt sind. Ist aber diese moralische obl. durch das Recht selbst anerkannt, so ist nicht einzusehen, warum dieselbe dadurch nicht eine klagbare geworden; daß sie nur als moralische anerkannt worden, ist kein Grund gegen die Klage, denn eine moralische Verbindlichkeit ist an sich eben so gut eine zwingende wie eine rechtliche, und es läge ganz nahe, durch die rechtliche Anerkennung der moralischen obl. dieser einen rechtlichen Zwang hinzuzufügen. Christiansen entgeht diesem Bedenken nur wieder durch die Behauptung, daß die n. o. nur als erfüllte im Recht vorkomme, daher die Frage nach der actio gar nicht aufzuwerfen sei. Völlig ohne Antwort läßt uns dann aber diese Theorie auf die Frage, warum denn gerade diese bestimmten in den Quellen genannten Obligationen klaglos sind, und nicht noch andere, da es doch außer diesen noch eine unbestimmte Anzahl von moralischen Verbindlichkeiten geben muß.

Alles zusammen genommen müssen wir gestehen, daß Christiansen in der That unbewußt wieder auf den Standpunkt der alten Theorie zurückgekommen ist, denn wie diese geht er von einem dem Recht fremden Grunde für seine Obligation aus und entnimmt dann dem positiven Recht und dessen Verhalten zu der unjuristischen Obligation den Grund für eine unvollständige Rechtswirkung derselben. Es ist also wieder die alte Lehre von zwei radices obligationis, nur mit dem Unterschiede,

daß Christiansen, da er den Begriff der Zwangsverbindlichkeit vollständig auf das Gebiet des positiven Rechts verweist, und danach — anders als die alte Theorie — nicht nur die actio, sondern auch alle andern Rechtswirkungen der obl. lediglich aus dem positiven Recht ableitet, die n. o. auf den Ausschluß der soluti repetitio aus moralischen Gründen beschränkt, welche Beschränkung dann aber, wie schon gesagt, falsch ist.

Trotzdem können wir der Christiansenschen Theorie Scharfsinn nicht absprechen, und müssen ebenso das Bestreben anerkennen, in dem Wesen der natt. obll. den praktischen Grund aufzufinden, wodurch man der Wahrheit näher kommt als mit der allgemeinen Ableitung aus dem jus gentium; allein, wie bemerkt, wenn Christiansen die der gemeinen Lehre gemachten Vorwürfe nicht treffen, so treffen ihn andere, und schwerere; seine Theorie ist entschieden nicht die des Römischen Rechts, und daraus, daß dieses sofort in die Augen fällt, erklärt es sich, daß so wenig Notiz genommen ist von seiner Arbeit.[37])

---

37) Christiansens Buch hat im Ganzen wenig Beachtung gefunden, eigentlich ist es abgesehen von ein paar Recensionen (in der Berliner Literarischen Zeitung 1844 — und in den Gött. gel. Anzeigen 1847) nur Renaud (zur Lehre von der Rückforderung einer irrthümlich gezahlten Nichtschuld, mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen. Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. XXIX. Nr. 4. und 14.), welcher genauer auf dasselbe eingeht. Er faßt Christiansens Theorie ganz richtig bei ihrer Achillesferse: die Ausschließung der condictio indebiti bei irrthümlicher solutio einer n. o., nur ist seine fernere Polemik ebenso unzutreffend wie seine eigene Theorie falsch; das zeigt schon seine Annahme einer allgemeinen electiven Concurrenz der rei vindicatio und condictio indebiti. Die natt. obll. sind ihm außerhalb des Rechts begründete Verbindlichkeiten, welche gesetzlich anerkannt, jedoch aus besondern Gründen (?) mit Schutzmitteln nicht versehen sind, (wie geschah denn aber die Anerkennung?) Die Gründe dieser Anerkennung sind alle außerhalb des Rechts gelegen, da sonst der Mangel des rechtlichen Schutzes sich nicht erklären ließe, nämlich 1) im jus gentium, 2) im jus naturale, 3) in römischen Sittlichkeitsideen und endlich 4) in den Fällen der unvollkommenen Aufhebung einer civilis obligatio durch exceptio perpetua. — Die danach aufgezählten einzelnen natt. obll. sind zum Theil entschieden falsch, und wie es überhaupt mit des Verfassers Theorie steht, zeigt der Umstand, daß er unmittelbar davon ausgehen muß,

§. 6.

Es erübrigt noch, den Gang der folgenden Darstellung hier anzugeben.

Das Römische Recht bezeichnet die klaglosen Obligationen mit dem Namen **naturalis**. In diesem Worte liegt keineswegs eine Bezeichnung der Klaglosigkeit, sondern auch bei klagbaren Obligationen findet sich dieselbe Bezeichnung als naturalis obligatio, naturâ debere und ähnliches. Man hat daher von jeher den Satz aufgestellt, daß die klaglosen Naturalobligationen neben den klagbaren als eine Classe der Naturalobligationen im Allgemeinen stehen, Genau betrachtet dürfte sich aber diese Eintheilung als unrichtig erweisen, und es ist daher in dem ersten Abschnitt zu untersuchen, wie weit und in welchem Sinn auch diesen klagbaren Obligationen die Bezeichnung naturalis beigelegt ist. Diese Untersuchung ist um so nothwendiger, als hauptsächlich auf diese klagbaren Naturalobligationen die Ableitung aller Naturalobligationen aus dem jus gentium gestützt wird.

Ferner kommen im Römischen Recht nicht bloß naturales obligationes (klaglose) vor, welche sich auf dieselben causae civiles stützen, wie die civiles obligationes (klagbare), sondern daneben finden wir auch eine Reihe von Fällen, die nicht gerade naturales obligationes, wohl aber natura debita, naturaliter debere genannt werden und von jeher mit den ex causa civili entspringenden klaglosen Obligationen zusammengestellt sind. Diese Zusammenstellung und die dadurch bedingte Rücksicht auf die der causa civilis entbehrenden Fälle hat bisher fast überall die Theorie auf falsche Bahnen geführt; daher sollen beide in Folgendem getrennt werden, und zugleich soll ausgeführt werden, daß und wie diese Trennung sich rechtfertigt. Es werden also zuerst im zweiten Abschnitt die Fälle des naturaliter debere ohne causa civilis zusammengestellt werden, und demnach bleiben für den dritten Abschnitt die eigentlichen naturales obligationes. In der Darstellung derselben

---

verschiedene „ungenaue“ Aussprüche unserer Quellen und zwar gerade die wichtigsten für diese Lehre „restrictiv zu interpretiren“, oder richtiger gesagt, nach seiner Theorie umzudeuten.

haben wir voranzustellen die allgemeine Theorie, d. h. die Lehre von dem Inhalt und Wesen dieser Obligation, und sodann die einzelnen Fälle der Anwendung folgen zu lassen. Diese Fälle theilen sich in die beiden bekannten Classen, nämlich derer, die von Anfang an der actio entbehren, als klaglose Obligationen entstehen, und derer, welche durch Wegfall der actio als Residua vorher vollständiger Obligationen zurückbleiben.

Erster Abschnitt.

Klagbare naturalis obligatio.

§. 7.

Das Wort naturalis, natura ist, wie schon bemerkt, nicht unmittelbar und ausschließlich bezeichnend für klaglose Obligationen, und wenn auch im Allgemeinen, wo eine naturalis obligatio erwähnt wird, dies auf eine klaglose zu beziehen ist, so kommen doch auch klagbare Obligationen unter der nämlichen Bezeichnung vor.[1]) Ebenso ist, wo natura debere sich findet, dieses regelmäßig von einem klaglosen debere zu verstehen, allein von dieser Bedeutung finden sich auch wieder Abweichungen nach beiden Seiten. Einmal nämlich ist unter natura debere ebenso wie unter natura obligatio eine klagbare Schuld zu verstehen, sodann aber ist auch in andern Fällen das debere nicht in

1) S. Francke a. a. O. S. 66. und die meisten der oben angeführten Schriftsteller. Wenn Rosshirt (Ztschr. I, S. 125.) das Gegentheil behauptet und unter nat. obl. immer nur klaglose Obligationen verstanden wissen will, so hat er allerdings in sofern Recht, als weder L. 7. D. de pactis (II, 14) noch L. 10. D. de O. et A. (XLIV, 7) und L. 16. §. 4. D. de fidejuss. (XLVI, 1) von klagbaren Obligationen zu verstehen sind, allein er übersieht eine andere Stelle, welche nicht die Erklärung von einer klaglosen Obligation zuläßt, und beachtet nicht diejenigen Stellen, in denen von einem klagbaren natura debere und naturaliter obligari die Rede ist.

dem gewöhnlichen Sinne eines Schuldigsein ex obligatione zu verstehen. Ein Zusammenwerfen dieser naturales obligationes und dieser Fälle der natura debere in jeder Bedeutung mit den eigentlichen klaglosen Obligationen, d. h. den wirklichen Obligationen, denen die actio fehlt, hat immer auf die Theorie dieser letztern störend einwirken müssen, und um in der folgenden Darstellung diese Störung zu vermeiden, sollen diese Fälle der klagbaren naturalis obligatio und die des naturaliter debere in dem andern Sinne als klagloses obligatorisches debere vorweggenommen werden, womit denn zugleich auch der Kreis derjenigen Quellenzeugnisse fest bestimmt ist, welche von naturalis obligatio und natura debere in dem Sinne einer klaglosen Obligation zu verstehen sind.

Der Ausdruck naturalis obligatio für eine klagbare Obligation findet sich nur in einer einzigen Stelle:

> L. 126. §. 2. D. de V. O. (XLV, 1) — — Superest quaeramus an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit? Nam quoties pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum. Plane si praecedat numeratio, sequatur stipulatio, non est dicendum a naturali obligatione. (Paul. lib. 3. Quaest.)

Der Rechtsfall, aus dessen Entscheidung die abgedruckten Worte entnommen sind, ist folgender: Ein Libertus, welcher die Geschäfte seines abwesenden Patrons besorgt, hat Jemandem ein Darlehn gegeben und sich von diesem durch Stipulation versprechen lassen, daß er dasselbe zur bestimmten Zeit dem Patronus zurückzahlen, auch für den Fall der Nichteinhaltung des Termins Zinsen zahlen wolle. Die Zahlung ist nicht erfolgt und es fragt sich nun, wer die Zahlung fordern könne und mit welcher Klage. Der Jurist antwortet: „Durch eine freie Person können wir keine obligatio, kein Forderungsrecht erwerben. Allerdings, wenn ein Freier in unserm Namen sein oder unser Geld der Art als Darlehn gäbe, daß es an uns zurückgezahlt werden sollte, so würde uns die obligatio pecuniae creditae, die Creditforderung erworben, die vom Libertus für den abwesenden Patron geschlossene stipulatio ist aber ungiltig, und

zwar so vollständig, daß nicht einmal als solutionis causa adjectus der abwesende Patron gelten kann." Demnach ist für den Patron aus dem erwähnten Rechtsgeschäft eine actio überall nicht vorhanden. „Es bleibt aber — und nun folgen die oben angeführten Worte — noch übrig zu fragen, ob nicht ipse qui contraxit, d. h. der Libertus auf die numeratio gestützt die actio pecuniae creditae anstellen könnte. Daß dieser nicht aus der stipulatio klagen kann, versteht sich von selbst, denn ihm ist gar nicht promittirt; aber auch der Zulassung der actio auf Grund der numeratio scheint ein Bedenken entgegenzustehen. Denn wenn wir Jemandem ein Darlehn geben und uns (zugleich) die Rückgabe stipuliren, so entstehen nicht zwei Obligationen, sondern nur eine, nämlich eine obligatio verborum, und diese ist auf den Libertus gar nicht gestellt. Offenbar aber, wenn die numeratio vorhergegangen und die stipulatio gefolgt ist, so kann man nicht sagen, daß damit von der naturalis obligatio abgegangen sei." Die nicht ausgedrückte Beantwortung der zweiten Frage lautet also dahin, daß dem libertus ex numeratione die actio creditae pecuniae zustehe. „Die folgende Zinsstipulation — und hier knüpft der Jurist wieder an die erste Frage über das dem Patron zustehende Recht an — welche ohne Angabe der Person, für welche sie geschlossen, abgefaßt ist, leidet nicht an demselben Fehler, wie die erste, denn es ist anzunehmen, daß der der stipulator der Zinsen gewesen, welcher als Stipulant die stipulatio des Capitals abgeschlossen. Darum ist die stipulatio der usurae giltig für den Libertus, und dieser wird — weil er rem agens patroni gewesen — gezwungen, dieselbe diesem zu cediren. Bei Stipulationen muß man meistens genau auf die verba sehen, ex quibus obligatio oritur, in seltenen Fällen ist daraus auf eine nicht ausgedrückte Terminsbestimmung oder condictio zu schließen, niemals aber auf eine andere Person als die der Contrahenten, wenn es nicht expreß ausgedrückt ist, und darum muß bei der Zinsstipulation der libertus als stipulator für sich gelten." [2])

---

2) Nur auf diese Weise, nämlich wenn man annimmt, daß der Libertus nicht im Namen des Patrons, sondern im eigenen Namen die numeratio vorgenommen, kommt ein vollständiger Zusammenhang in die Stelle

Das vorliegende Geschäft ist ein mutuum, bei welchem die Rückgabe, wie das in den Quellen oft vorkömmt, durch eine stipulatio — Darlehnsstipulation — bestärkt ist. Wo nun numeratio und stipulatio zusammen geschehen sind, soll offenbar entsprechend der Absicht der Parteien nur eine obligatio verborum, eine actio ex stipulatu zulässig sein, denn die stipulatio kann keinen andern Sinn haben, als daß der Darleiher für seine Rückforderung sich nicht auf die numeratio, sondern auf die stipulatio stützen will. Damit ist denn aber nicht der materielle Grund der obligatio, die numeratio selbst aufgehoben, vielmehr ist diese noch immer vorhanden und die causa der stipulatio, so daß auch der actio ex stipulatu, falls die numeratio ungiltig, eine exc. doli entgegenstehen würde. So lange und wenn die stipulatio giltig, tritt die numeratio nur als diese causa, nicht aber als selbständiger Obligationsgrund hervor; anders aber gestaltet sich die Sache, wenn die stipulatio inutilis ist oder wird, denn da die stipulatio keine novatio enthält, so daß also die zuerst numeratione begründete obligatio nun aufgehoben und an ihre Stelle eine selbständige verborum obligatio gesetzt wäre,[3]) sondern vielmehr nur zur Bestärkung

---

Meistens hat man wohl wegen des: rem agens Quinctiliani das Gegentheil angenommen, welches dann aber wegen L. 9. §. 8. D. de R. C. (XII, 1) zu dem entgegengesetzten Resultate in Bezug auf das Recht des Libertus führen müßte. Um nun dieser Consequenz zu entgehen, nimmt z. B. die Glosse an, daß dem Libertus die actio nur in dem Fall der L. 4. C. si certum petatur (IV, 2) zustehe. Dagegen ist anzuführen, daß in der Stelle für eine solche besondere Interpretation durchaus kein Anhaltspunkt sich findet. Ungenau ist die Erklärung von Heimbach, die Lehre vom Creditum S. 382. Danach soll die Numeratio im Namen des Patronus geschehen sein, und daher beim Wegfall der Stipulationsklagen „wenigstens in der Person des Freilassers die obligatorische Numeratio als gültig zurückbleiben;“ allein der: ipse qui contraxit, und für diesen wird doch die actio ex numeratione für giltig erklärt, ist der Freigelassene, nicht der Freilasser. — Die richtige Erklärung findet sich aber auch schon früher, z. B. bei Brunnemann, Comment. ad Pandect. ad l. l.

3) L. 7. D. de novat. (XLVI, 2) Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari. (Pompon. lib. 24 ad Sab.)

der an sich schon numeratione vollkommen begründeten Obligation dienen soll, so stellt sich nun das Verhältniß so, als ob diese Bestärkung gar nicht hinzugefügt wäre, die obligatio ist vollkommen giltig als eine ex numeratione nata und gewährt als solche die actio pecuniae creditae. Dieses bestätigt

L. 9. §. 3. 4. D. de R. C. (XII, 1) Quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus, sive verbis, sive conjunctim, referendae sunt nobis quaedam species, quae dignum habent tractatum, an haec actio ad petitionem eorum sufficiat? Numeravi tibi decem et haec alii stipulatus sum. Nulla est stipulatio. An condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobae contractibus intervenientibus, uno qui re factus est, id est numeratione; alio qui verbis, id est inutiliter, quoniam alii stipulari non potui? Et puto posse (Ulp. lib. 26 ad Ed.)

Das puto posse, was, wie schon Heimbach[4]) und Schmidt v. Ilmenau[5]) bemerkt haben, anzudeuten scheint, daß es nur ein Nothbehelf ist, wenn man diese Berufung auf die numeratio gestattet, findet ein Gegenstück in dem zaghaften: non est dicendum, recessum a naturali obligatione. Auch sonst ist der Fall der L. 9. cit. ganz der der L. 126. cit. in den angegebenen Worten; denn der libertus hat (und zwar nicht im Namen des patronus) ein Darlehn gegeben und diesem die Rückzahlung stipulirt; wenn nun zur Rechtfertigung der Zulassung der actio pecuniae creditae ex numeratione angeführt wird, daß mit der stipulatio non esse recessum a naturali obligatione, so ist unter dieser naturalis obligatio die re contracta obligatio, die einfache Darlehnsobligation zu verstehen.

Was bedeutet es nun, daß der Jurist diese obligatio eine naturalis nennt? Heimbach[6]) und v. Savigny[7]) deuten

---

4) A. a. O. S. 403.

5) Richters kritische Jahrbücher f. deutsche Rechtswissenschaft, 1847, Januar, S. 25.

6) A. a. O. S. 404.

7) A. a. O. S. 39.

das ganz der gewöhnlichen Auffassung gemäß, es sei damit auf die Ableitung dieser obligatio ex jure gentium hingewiesen, und für diese Deutung spreche nicht nur die regelmäßige Synonymität von naturalis und juris gentium, sondern auch der Umstand, daß die daneben stehende, durch sponsio geschlossene stipulatio dem entgegen dem jus civile zuzusprechen ist.[8] Allein dieser Gegensatz ist rein zufällig, da in der Stelle gar kein Gewicht gelegt ist auf diese bestimmte Sponsionsform, und in L. 9. cit. z. B. ganz allgemein statt dessen: verbis contractus factus genannt wird; auch hätte es gar keinen Sinn, auf diesen Gegensatz hinzuweisen, denn nicht bloß in dieser bestimmten Form, sondern überhaupt für jede Stipulation gilt die Regel, daß man Anderen nicht stipuliren kann, und diesem gegenüber wäre die Bezeichnung naturalis völlig nichtssagend. Darf das aber nicht angenommen werden, so kann diese Benennung sich nur auf eine besondere Eigenschaft der numeratione contracta obligatio beziehen, woraus sich erklären läßt, daß in dem Abschluß der stipulatio, in der verborum obligatio dieselbe noch fortdauere und dann unter Umständen wieder selbständig hervortrete. Und diese liegt dann auch auf der Hand, die numeratio ist ein reales factum, die obl. ex numeratione ist eine Realobligation, die verborum obligatio dagegen eine Obligation, die auf einem rein idealen Rechtsact ruht; nicht das Versprechen des Empfängers, sondern diese reale Gabe und Annahme derselben als mutuum macht die obligatio, und daß dieses factum der Grund der obligatio, tritt gerade in dem vorliegenden Fall recht einleuchtend hervor. Denn hier ist allerdings von dem libertus das Darlehn gegeben, allein der Empfänger hat dem Willen des Gebers gemäß zugleich versprochen, dasselbe dem Patronus, nicht dem Geber zurückzuzahlen, auf den Consensus der Parteien, auf das Versprechen des Empfängers läßt sich also die Forderung des Darleihers nicht stützen, sondern allein auf das factum der numeratio, die Rückgabe an den Darleiher ist allein daraus abzuleiten, daß das Geld nur als Darlehn gegeben ist, und weil von dem Libertus die numeratio ausgegangen, wird die Verpflichtung gerade an ihn zu restituiren abge-

8) v. Savigny, a. a. O. S. 39.

leitet. Gerade diese reale Natur der numeratio macht es dann auch möglich, die darauf begründete obligatio trotz der stipulatio als fortbestehend anzusehen, denn dieses factum bleibt auch wenn die Parteien den Inhalt der dadurch begründeten Obligation in eine stipulatio einschließen; wäre dagegen die erste Obligation nur durch einen solcher materiellen Grundlage entbehrenden Rechtsact geschlossen, so könnte die Abschließung der stipulatio nicht anders verstanden werden, als daß diese neue causa obligationis damit an die Stelle der alten gesetzt sei.[9])

Daß aber gerade der Ausdruck naturalis ein durchaus passender für diesen Zweck sei, bedarf kaum eines Nachweises, da auch sonst in zahlreichen Fällen gerade das Reale naturalis genannt wird.[10])

In ähnlichem Sinne ist es auch zu deuten, wenn in einer anderen, mit der eben erklärten eng zusammengehörigen Stelle ein klagbares debere ein natura debere genannt wird. Dieses geschieht nämlich in der bekannten und bei der Darstellung der natt. obll. regelmäßig mehr als sie verdient hervorgehobenen,

L. 84. §. 1. D. de R. J. (L, 17). Is natura debet quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. (Paul. lib. 3. Quaest.)

Man hat in dieser Stelle von jeher eine allgemeine giltige Erklärung von naturaliter debere und folgeweise naturalis obligatio gesehen, und auf sie vornämlich die Identität von

---

9) Vergl. auch L. 19. D. de accept. (XLVI, 4.)

10) L. 49. pr. D. de solut. (XLVI, 3.) Solutam pecuniam intelligimus utique naturaliter, si numerata sit creditori (Marcian. lib. sing. ad hypoth. form. — So heißt auch die sonst mit corporaliter tenere bezeichnete possessio eine naturalis. L. 7. §. 11. D. commun. divid. (X, 3), und eine gleiche Bedeutung steht dem naturaliter zu in L. 53. D. de a. r. d. (XLI, 1.) Ea quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt acquirimus; veluti stipulationum: quod naturaliter acquiritur sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus. (Modest. lib. 14. ad Q. Marcian.) Hier ist denn auch der Gegensatz von civiliter und naturaliter nicht allein mit Hinweis auf jus civile und jus gentium erklärt. Naturaliter im Sinne von corporaliter findet sich auch z. B. in L. 24. D. de a. v. a. p. (XLI, 2).

naturales obl. und obl. juris gentium gestützt,[11]) sodann aber auch in derselben den hauptsächlichsten Beweis für die nat. obl. ex nudo pacto zu finden gemeint, da das fidem sequi unterschiedslos auf jede Art von Versprechen ohne alle Rücksicht auf die Vorschriften des Römischen Rechts über die Contracte zu beziehen sei.[12]) Daß aber die Stelle allein von klagbaren Obligationen redet, zeigt schon das dare oportere, was doch wohl nicht von einem debitor, der nicht zur Leistung gezwungen werden kann, also bei dem ein oportet überall nicht stattfindet, weil für ihn die obl. ein vinculum aequitatis ist, gesagt werden dürfte, und ebensowenig ist das fidem sequi allgemein in dem Sinne von L. 1. pr. D. de pactis (II, 14)[13]) zu verstehen, sondern ist vielmehr ein von dem Gläubiger ausgehender Act, welcher bei klagbaren, und zwar durchaus nicht bei allen klagbaren Obligationen vorkommt. Der Jurist sagt: derjenige ist natura schuldig, welcher jure gentium zum dare verpflichtet ist, dessen fides wir gefolgt sind. Was ist das für eine obligatio? Es muß eine solche sein, welche auf dare gerichtet ist, und zwar auf ein schon jure gentium zu rechtfertigendes dare, und ferner muß sie durch ein fidem sequi Seitens des Gläubigers begründet sein.

Letzteres aber, um mit diesem als dem eigentlichen Inhalt der obl. und somit ihre rechtliche Natur bestimmenden zu beginnen, ist unzweifelhaft ein credere, die so begründete Obligation eine Creditumsobligation. Credere und creditum umfaßt: omnes contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, und ferner sagt Ulpian umgekehrt:

> cuicumque rei adsentiamus alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimus.[14])

---

11) S. oben S. 8.

12) S. v. Savigny, a. a. O. S. 54 Anm. d. Dagegen Brinz a. a. O. S. 19 ff. Girtanner, Stipulation, S. 406. not. 320.

13) Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt servare?

14) L. 1. D. de R. C. (XII, 1). Dieselbe Bedeutung von fidem sequi findet sich in L. 1. D. nautar. (IV, 9) und §. 41. J. de rer. divis. (II, 1); in allgemeinerem Sinne ist dasselbe gebraucht in L. 2. C. de bon. quae auctor. (VII, 72) und §. 1. J. quod cum eo (IV, 7), wo

Das fidem sequi umfaßt daher alle Realobligationen, die dann auch ausdrücklich mit unter den Titel de rebus creditis gezogen sind, allein da in L. 84. §. 1. ein creditum auf dare oportere genannt ist, so sind damit alle übrigen Realobligationen, namentlich auch die von Ulpian genannten Commodat- und Pfandcontracte[15]) ausgeschlossen, und es bleibt nur das eigentliche creditum übrig, die credita pecunia. Aber noch mehr, nicht ein dare oportere überhaupt, sondern ein dare oportere jure gentium wird verlangt, und damit ist von den drei Formen des crediti die expensilatio ausgeschlossen, bleiben also nur noch numeratio und stipulatio. Letztere aber kann nur mit der numeratio zusammen, nicht aber für sich allein eine causa für das creditum sein, und wo beide zusammentreffen, ist die numeratio der eigentliche Grund der obligatio. Die Stipulation kann nun auch juris gentium sein, allein diese Verbindung derselben mit der numeratio ist doch wohl mehr eine Besonderheit des jus civile und unter dem dare jure gentium wohl zweifellos allein das dare auf Grund der numeratio zu verstehen. Der Inhalt der L. 84 cit. wäre mithin dieser: „Von demjenigen, welcher durch numeratio ein Darlehn bekommen hat, kann man sagen, er schulde natura.“ [16])

Was den Juristen zu dieser Erklärung veranlaßt, ist nicht angegeben, indessen dürfen wir doch wohl nicht ohne genügenden Grund demselben zumuthen, daß er lediglich die triviale Bemerkung habe machen wollen, daß man in dem Fall dieser Obligation den Schuldner, weil er jure gentium schulde, auch als natura schuldig bezeichnen könne. Bei den abgerissenen und oft verstümmelten Sätzen des Titels: de Regulis Juris ist es

---

indessen durch Beifügung eines videtur auf eine eigentlichere Bedeutung hingewiesen ist. Daß in L. 1. D. de pactis (II, 14) so allgemein und vag von der fides gesprochen wird, kann der sonst feststehenden Terminologie keinen Abbruch thun. — Vergl. auch L. 19. D. de a. e. v. (XIX, 1) — fidem alicujus habere —.

15) Anders Holtius, a. a. O. S. 4. Dagegen aber schon Brinz, a. a. O. S. 21 ff. und S. 60.

16) S. auch Brinz, a. a. O. S. 21. not. 28e, welcher diese Erklärung im Gegensatz zu der gewöhnlichen so bezeichnet: die Stelle sage: Is natura debet, nicht Is natura debet.

oft unmöglich den Zusammenhang und somit die eigentliche Bedeutung der betreffenden Aussprüche zu entdecken, in dem vorliegenden Falle aber giebt uns die Inscription einen deutlichen Fingerzeig für die Erklärung. Das Fragment ist aus demselben lib. 3. Quaestionum des Paullus, aus welchem L. 126. cit. entnommen ist,[17]) und so werden wir von selbst darauf geführt, uns einen ähnlichen Fall als Veranlassung des Ausspruches in L. 84. cit. zu denken, wie dort; und wie dort das Fortbestehen der obligatio ex numeratione trotz der Ungiltigkeit der stipulatio durch Hinweisung auf den naturalen Character der obl. gerechtfertigt wurde, so kann hier eine ähnliche Veranlassung gewesen sein, es hervorzuheben, daß das debere ex numeratione nicht sowohl auf einem Versprechen des Empfängers, als auf der numeratio, dem realen Factum ruhe, und daß also wenn auch neben der vielleicht ungiltigen promissio nicht noch ein anderes Versprechen der Rückgabe erfolgt sei, der Empfänger eben durch den Empfang obligirt sei.[18])

In Verbindung mit dem klagbaren debere hätten wir also für das Wort natura durchaus dieselbe Bedeutung gefunden, wie für naturalis in Verbindung mit einer klagbaren obligatio.

In einer dritten Stelle finden wir endlich ein naturaliter obligari angeführt und zwar mit dem Zusatz, daß auf Grund desselben eine actio gegeben sei, so daß also auch hier eine klagbare Obligation gemeint ist, die Stelle ist

> L. 5. pr. D. de auctor. tut. (XXVI, 8). Pupillus obligari tutore eo auctore non potest. Plane si plures sint tutores, quorum unius auctoritas sufficit, decendum est, altero auctore pupillum ei posse obligari, sive mutuam pecuniam ei det sive stipuletur ab eo. Sed et cum solus tutor mutuam pecuniam pupillo dederit vel ab eo stipuletur, non erit

---

17) Auch Brinz macht auf diesen Zusammenhang aufmerksam a. a. O. S. 20.

18) Oder hat Paulus in diesem dritten Buche seiner Quästionen, ebenso wie in einer andern Stelle seiner Werke — dem lib. 10. ad Sabinum — eine Aufzählung aller Bedeutungen von natura debere und naturalis obligatio versucht? — Für die Erklärung selbst liefe das natürlich auf dasselbe hinaus.

obligatus tutori: naturaliter tamen obligabitur in quantum locupletior factus est, nam in pupillum non tantum tutori, sed cuivis actionum in quantum locupletior factus est dandam D. Pius rescripsit (Ulp. lib. 40. ad Sabin.)

Ein pupillus soll ohne hinzutretende auctoritas tutoris weder durch mutuum, noch durch stipulatio obligirt werden, naturaliter aber wird er obligirt auf die Bereicherung, denn soweit gewährt ein Rescript des D. Pius eine actio. Das hier erwähnte Geschäft ist wahrscheinlich wieder das durch eine Stipulation verstärkte Darlehnsgeschäft, denn da in der selbständigen promissio wohl schwerlich eine Bereicherung für den Promittenten liegen kann, so ist die erwähnte Stipulation wohl von einer Darlehnsstipulation zu verstehen. Wenn nun aber auch nicht bloß wegen der Bereicherung aus einem Darlehn, sondern wegen der Bereicherung auch aus jedem andern Rechtsgeschäft der pupillus obligirt wird,[19]) so ist doch eben nur in dem Falle, wo die Bereicherung auf Grund des mutui geschehen, das obligari ein naturaliter obligari genannt, und man könnte geneigt sein daraus zu schließen, daß auch hier nur die so begründete Bereicherung auf diesen Namen führe.[20]) Allein darin kann der Grund dieser Bezeichnung nicht liegen, denn abgesehen davon, daß, wie schon erwähnt, jede irgendwie begründete Bereicherung den pupillus obligirt, wird für den pupillus ebensowenig wie durch die Stipulation,[21]) auch nicht durch das Darlehn eine naturalis obligatio in dem bisherigen Sinne begründet.

L. 59. D. de O. et A. (XLIV, 7.) Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne jure naturali obligatur (Licinius Rufinus, lib. 8. Regularum.)

Durch die Annahme des mutui, also durch das Darlehnsgeschäft selbst wird der pupillus in keiner Weise verpflichtet,

19) L. 5. §. 1. cit.

20) Nach Puchta, Pand. §. 237. not. sind alle Stellen, in denen eine nat. obl. des pupillus erwähnt ist, von klagbaren Obligationen auf die Bereicherung zu verstehen. Das ist, wie unten zu zeigen, nicht richtig, allein in allen Stellen, welche irgend die Deutung auf die klagbare nat. obl. zulassen, ist auch nur eine obl. ex mutuo gemeint.

21) L. 41. D. de cond. (XII, 6.)

nicht einmal jure naturali, womit offenbar sogar die geringste, wenigst bindende Obligirung gemeint ist; wenn er nun aber doch durch das Bereichertsein und auf die Bereicherung obligirt sein soll, so ist der Grund dieser Obligation im Gegensatz gegen das accipere mutuum und überhaupt gegen jedes Rechtsgeschäft lediglich das Factum der Bereicherung, das Factum des Gebens, und wenn diese Obligirung eine naturale genannt wird, so ist das in noch eminenterer Weise aber doch in demselben Sinne geschehen, in welchem die numeratione begründete obligatio eine naturalis genannt wurde, denn nicht das reale Rechtsgeschäft, die datio, sondern das reine factische Geben, im Gegensatz zu dem Rechtsgeschäft ist hier unter dem naturale gemeint und darum auch obliga*bi*tur gesagt, weil nicht durch den Rechtsact, sondern erst durch das darauf folgende Resultat die Existenz und der Umfang der obligatio bestimmt ist.[22])

Daß mit der Bezeichnung: naturaliter nicht die Charaktesirung als eine obligatio ex jure gentium introducta gemeint sein kann, wie es gewöhnlich angenommen wird, ist nicht nur aus der obigen Ausführung, sondern auch daraus zu entnehmen, daß zur Begründung der obligatio ausdrücklich das rescriptum D. Pii angeführt wird, so daß also in dem naturaliter nicht wohl zum zweiten Male der Entstehungsgrund der obligatio angegeben sein kann, und ferner wäre, wenn man unter dem naturaliter nur schlechthin jure gentium verstehen wollte, damit kein Gegensatz gegen das vorstehende non obligari aufgestellt, weil das mutuum im Römischen Recht doch auch ausdrücklich dem jus gentium zugewiesen wird und in dieser Stelle wenigstens durchaus nicht angedeutet ist, daß das mutuum in Bezug auf den pupillus weniger diesem jus gentium angehöre, als die obligatio aus der Bereicherung.

Ebensowenig darf man aber das naturaliter dahin deuten, daß die obligatio ex aequo et bono eingeführt sei; es wird freilich geradezu der Grund für die Haftung aus der Bereicherung als natura aequum angegeben:

---

22) Es genügt hier nicht ein „semel ad eum pervenisse" L. 17. D. quod metus causa (IV, 2), sondern die actio geht immer nur auf die noch wirklich vorhandene Bereicherung.

L. 13. §. 1. D. de cond. indeb. (XII, 6.) Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit, et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit. (Paul. lib. 10. ad Sab.)

L. 14. eod. Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. (Pompon. lib. 20. ad Sab.)

Aber hier ist gar nicht von der klagbaren obligatio aus der Bereicherung, sondern lediglich von dem Ausschluß der soluti repetitio die Rede, diese wird aus dem aequum gefolgert und gerechtfertigt; es mag diese Rücksicht auch zu dem Rescript des D. Pius die Veranlassung gewesen sein, wenn aber das aus dem Rescript sich ergebende obligari als ein naturaliter obligari bezeichnet wird, so kann das eben nur auf den Inhalt, die Art und Weise des Obligirtseins gedeutet werden.

Daß aber diese Bezeichnung des Factischen im Gegensatz zu dem Rechtsgeschäft durch natura im Gegensatz zum jus in der erwähnten Weise den Römern geläufig ist, wie es denn ja auch eine ganz sachgemäße Bezeichnung, zeigt unter Anderem z. B. der Spruch des Paulus:

Indebiti condictio naturalis est.[23])

Damit ist keineswegs gesagt, daß die condictio im Römischen Recht dem jus gentium zugewiesen sei, was allerdings auch der Fall,[24]) sondern daß die condictio, abgesehen von dem ursprünglichen Empfang lediglich, aber auch vollständig, sich auf das beschränkt resp. erstreckt, was in Folge der indebiti solutio sich bei dem Empfänger befindet. Diese Bedeutung ergiebt sich daraus, daß hinter den abgedruckten Worten mit: „et ideo," also weil die condictio naturalis ist, der Umfang derselben näher angegeben wird. Wollte man die condictio auf das Rechtsgeschäft, die solutio und die Annahme des indebiti stützen, auf dieses von den Römern den Quasicontracten beigezählte negotium,[25]) so müßte die Begrenzung der condictio in einzelnen Punkten anders ausfallen, allein sie ist gerade in dieser

---

23) L. 15. pr. D. de cond. ind. (XII, 6.) Paul. lib. 10 ad Sab.

24) L. 25. D. rer. amot. (XXV, 2.)

25) §. 6. J. de obll. quae quasi ex contractu nascuntur (III, 27.)

Beziehung nicht auf das Rechtsgeschäft, sondern auf das reine Factum des Habens sine causa gestellt und darum heißt sie naturalis. Dieses Wort ist hier also ganz in demselben Sinne gebraucht, wie bei der obligatio des pupillus das naturaliter.

In allen diesen Stellen lag in dieser Bezeichnung ein Anderes oder doch wenigstens ein Mehreres als eine Hinweisung auf die Zubehörigkeit der obligatio zu dem jus gentium; in einer andern Stelle ist mit naturalis allerdings nur eben diese Zubehörigkeit bezeichnet, nämlich in

> L. 1. pr. D. loc. cond. (XIX, 2.) Locatio conductio, cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis sed consensu contrahitur, sicut venditio. (Paul. lib. 34. ad Ed.)

Es erscheint das als eine keiner Erklärung bedürftige Redeweise, da es bekannt ist, wie naturalis und juris gentium, jus naturale und jus gentium in unseren Rechtsquellen regelmäßig als Synonyme behandelt werden. Die Erklärung der oben angeführten Stellen wird dadurch aber, daß naturalis auch in dieser Bedeutung hier vorkommt, nicht alterirt, denn es kann nicht wohl bestritten werden, daß natura und naturalis in mehreren Bedeutungen vorkommen. Hervorzuheben ist hier ferner noch, daß in der L. 1. cit. die Bezeichnung naturalis nicht zu dem Zwecke geschieht, um dadurch für die Existenz der obligatio einen Grund zu gewinnen, sondern lediglich um damit die Formlosigkeit des Miethvertrages zu rechtfertigen. Genau genommen ist damit aber eigentlich gar Nichts erklärt, denn es könnte ebensogut umgekehrt gerade aus der Formlosigkeit des betreffenden Vertrags bewiesen werden, daß derselbe und die daraus erwachsende obligatio dem jus gentium angehören.[26])

Auffallend aber ist es jedenfalls, daß die Römer, während sie fast alle Obligationen als ex jure gentium introductae bezeichnen, nicht öfter den Namen naturales obligationes in diesem Sinne anwenden. Es hat das vielleicht darin seinen Grund, daß gerade, weil, wie gesagt, fast alle Obligationen dieser Classe angehören, der Zusatz naturalis nur selten als ein wirklich charakterisirender erscheinen würde; vielleicht aber läßt

---

26) S. oben S. 41.

sich diese Erscheinung auch daraus erklären, daß in der Zusammensetzung mit obligatio das Wort naturalis schon ehe diese theoretischen Unterscheidungen aufkamen einen festen technischen Sinn bekommen hatte, indem man eben darunter die klaglose Obligation verstand. Das wenigstens steht fest, daß die Zusammenstellung von naturalis mit einer klagbaren Obligation in den Quellen nur höchst vereinzelt, nämlich nur gerade in den angeführten Stellen vorkommt; wo sonst naturalis obligatio erwähnt wird, ist damit stets die klaglose Obligation gemeint.

§. 8.

Das gilt auch von einer Stelle, welche in den bisherigen Darstellungen ziemlich allgemein auch von klagbaren Naturalobligationen verstanden worden und um so wichtiger erscheinen muß, als wenn diese Deutung richtig, damit bewiesen wäre, daß nicht bloß einzelne Obligationsfälle aus besondern Rücksichten einmal naturales bezeichnet werden, sondern daß die naturales obligationes (auch die klagbaren) als eine besondere Classe von Obligationen den civiles entgegengesetzt seien und ferner, daß die klaglosen naturales obligationes mit den klagbaren der Art zusammen gehören, daß beide nur Unterarten eines allgemeineren Begriffs von naturales obligationes wären, der dann selbstverständlich nur aus dem Ursprung der obligationes zu entnehmen sein würde.

Diese darum schon hier zu erwähnende Stelle ist:

> L. 16. §. 3. 4. D. de fidejuss. (XLVI, 1). Fidejussor accipi potest, quoties est aliqua obligatio civilis vel naturalis cui applicetur. §. 4. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua earum nomine competit[1]), verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest. Nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores, et qui ab his

---

1) Die völlig ungerechtfertigte Einschiebung eines „non" vor competit, auf die auch noch Roßhirt a. a. O. S. 125. einzugehen scheint, bedarf keiner Widerlegung. S. v. Vangerow, Leitf. Bd. III. S. 5.

pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. (Julian. lib. 53. Dig.)[2])

Julian, der auch hier wieder als die Autorität für die klaglosen Obligationen hervortritt, will entsprechend dem, was Ulpian zu Anfang des Titels de fidejussoribus gesagt: Omni obligationi fidejussor accedere potest,[3]) ausführen, daß für alle Obligationen die Bestellung einer fidejussio zulässig; er nennt deshalb civiles und naturales obligationes, und wir haben darunter dem gewöhnlichen Sprachgebrauch gemäß klagbare und klaglose Obligationen zu verstehen. Davon abzugehen, und unter den naturales klagbare Obligationen, vielleicht obll. ex jure gentium introductae zu verstehen, liegt überall kein Grund vor, und zwar um so weniger, als wohl niemals irgend Jemand ein Bedenken gehabt hat, daß für diese Obligationen nicht eben so gut als für die dem jus proprium civium Romanorum angehörigen eine fidejussio bestellt werden könnte. Daß dagegen Julianus besonders hervorhebt, daß auch klaglose Obligationen eine hinlängliche Grundlage für eine fidejussio seien, kann nicht auffallen, denn bei der fidejussio könnte man sehr wohl zweifeln, ob dieselbe für solche obligationes überhaupt möglich. Der §. 4. soll nun diese Zulässigkeit der fidejussio für naturales obligationes noch genauer darthun, und zu diesem Zwecke sagt Julianus: die natt. obll. kommen (für diese Möglichkeit) nicht bloß dann und in sofern in Betracht, wenn eine actio auf Grund derselben zusteht, sondern auch (schon darum) weil bei geschehener solutio die repetitio ausgeschlossen ist. Denn wenn auch von den naturales debitores nur uneigentlich ein debere behauptet werden kann, so können sie doch mißbräuchlich als debitores angesehen, und es kann von denen, welche von ihnen Geld erhalten, gesagt werden, sie hätten eine Schuld bezahlt bekommen. Die Möglichkeit einer fidejussio für eine nat. obl. soll also nicht von dem zufälligen (si) Umstande abhängen, daß vielleicht eine actio ejus nomine competit, son-

2) Der §. 4 bis potest findet sich nochmals mit unwesentlichen Textesabweichungen in L. 10. D. de O. et A. als von Paulus, richtiger wohl von Ulpian.

3) L. 1. D. de fidejuss. (XLVI, 1.)

dern ist schon da anzunehmen, wo (cum) soluta pecunia repeti non potest, denn schon aus diesem Grunde muß bei einer nat. obl. wenn auch uneigentlich ein debitor und ein debitum angenommen werden.

Diese Ausführung des Julianus setzt also voraus, einmal, daß eine nat. obl. unbeschadet ihrer Klaglosigkeit doch Grund für eine actio sein kann, und sodann, daß eine Veranlassung vorhanden war, darauf hinzuweisen, daß nicht bloß um einer solchen actio willen die fidejussio für eine nat. obl. zuzulassen sei. Das Erstere läßt sich mit Sicherheit nachweisen, das Andere wenigstens wahrscheinlich machen.

Eine obligatio klaglos nennen und doch zugleich behaupten, daß auf Grund derselben eine actio zustehe, wäre ein Widerspruch, wenn darunter die aus der obligatio, abgesehen von dem der Entstehung der actio gerade entgegenstehenden Hindernisse, erwachsende actio gemeint wäre, daß aber der Jurist diese actio nicht meint, zeigt schon der umschreibende Ausdruck: cujus nomine actio competit; die in Frage stehende actio ist nicht das unmittelbare, einfache, regelmäßige Resultat der obligatio, wohl aber eine actio, welche ihrer Begründung nach in gewisser Weise auf diese klaglose Obligation zurückzuführen ist. Er fügt ferner ein aliqua hinzu, woraus zu entnehmen, daß es wohl nicht immer ganz dieselbe actio ist, vielmehr bald diese, bald jene actio auf die nat. obl. begründet wird; er deutet ferner an, daß diese Zuständigkeit der actio nur eine mögliche, vielleicht von besonderen Umständen abhängige ist, wogegen die Ausschließung der soluti repetitio die immer eintretende, regelmäßige Folge;[4]) endlich aber zeigt die Bemerkung über die naturales debitores, daß die aus der nat. obl. erwachsene actio nicht gegen sie gerichtet sein kann, denn sonst läge kein Grund vor, sie nicht im vollen Sinne debitores zu nennen.[5])

Und in der That kommen im Römischen Recht Verhältnisse vor, wo nomine naturalis obligationis actio competit, während dieselbe wirklich klaglos bleibt und der debitor gerade nur in dem Sinne der L. cit. debitor genannt werden kann. Ein Beispiel giebt

4) si — cum. 5) L. 108. D. de V. S. (L, 16.)

L. 41. D. de pecul. (XV, 1.) Nec servus quicquam debere potest, nec servo deberi potest. Sed quum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem. Itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet: quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid in rem domini versum est, in dominum actio datur. (Ulp. lib. 43. ad Sabin.)

Nach anderweiten Zeugnissen ist es unzweifelhaft, daß servi aus ihren Contracten auch mit Fremden naturaliter, d. h. klaglos, aber mit den sonstigen den klaglosen Obligationen beigelegten Folgen obligirt werden, und umgekehrt die anderen Contrahenten sich obligiren;[6]) daß aber in der angeführten Stelle gerade von Contractsobligationen die Rede ist, zeigt schon die Stellung des Fragments in dem Titel de peculio und die Erwähnung der Haftung des dominus de peculio. In ähnlicher Weise wie Julianus will auch Ulpianus bei Naturalobligationen nur in mißbräuchlichem Sinne des Wortes ein deberi und ein debere annehmen, aber auf Grund dieses deberi und debere soll dann wegen der Schuld an den servus der dominus eine actio haben und umgekehrt wegen der Schuld des servus dem anderen Contrahenten verhaftet sein, nicht absolut zwar, wohl aber de peculio oder de in rem verso. Eine obligatio begründet unmittelbar nur eine actio für und gegen die Contrahenten, das kann aber im vorliegenden Falle nicht geschehen, da der servus weder eine actio haben, noch gegen denselben eine actio erhoben werden kann, die obligatio ist daher klaglos. Das Verhältniß des servus zu seinem dominus bringt es aber mit sich, daß die Handlungen des servus, soweit sie Erwerbungen sind, absolut und völlig, soweit sie Verpflichtungen enthalten, wenigstens durch Hinzutreten anderer Gründe für und gegen den dominus wirken, und zwar als klagbare obligationes, weil bei dem dominus selbst nicht wie beim servus ein Hinderniß sich der actio entgegenstellt. Wir werden dieses Verhältniß unten noch weiter aus einander zu setzen haben, hier soll nur hervorgehoben werden, wie demnach

6) L. 14. D. de O. et A. (XLIV, 7). L. 13. pr. D. de cond. ind. (XII, 6.)

eine obligatio klaglos sein und doch zugleich für oder gegen einen Andern als die Contrahenten, und zwar in demselben oder in einem andern Umfange eine actio begründen kann, als welcher durch die obligatio selbst gegeben ist. Von solchem Verhältniß aber ist nun gerade die L. 16. cit. zu verstehen, und unter dieser Voraussetzung ist die Ausdrucksweise derselben völlig gerechtfertigt, denn diese actio auf Grund der nat. obl. kommt nicht bei jeder solchen obligatio vor, und selbst bei dieser nicht einmal immer, nämlich dann nicht, wenn der servus der debitor ist und für die Haftung des dominus einer der besondern Gründe, von denen oben zwei angeführt sind, nicht vorhanden ist. Dann tritt die naturalis obligatio in ihrer wahren Gestalt, in ihrer Klaglosigkeit hervor, wogegen, si aliqua actio competit, bis auf den Belauf dieser actio, also möglicher Weise ganz, die nat. obligatio unter der actio, also der klagbaren Obligation verschwindet; allein dennoch ist es die obligatio des servus, das debere desselben und das deberi an ihn, welches nur seine Rechtswirkung unmittelbar für und gegen den dominus richtet. In Bezug auf solchen Fall sagt nun Julianus: die Möglichkeit der fidejussio für eine naturalis obligatio sei nicht an die Voraussetzung einer solchen actio gebunden und auf den Inhalt dieser beschränkt, sondern es sei auch abgesehen davon wegen des debitum des servus und an den servus selbst die fidejussio möglich, weil auch ohne die actio doch ein debitum wenn auch nur in uneigentlichem Sinne vorhanden, wie es aus der Ausschließung der soluti repetitio sich ergebe, denn eben nur ein debitum werde für die Möglichkeit einer Bürgschaftsbestellung verlangt.

Zur Bestätigung dieser Erklärung muß dann aber noch zweitens eine Veranlassung aufgezeigt werden, wodurch der Jurist zu einer solchen Auseinandersetzung gekommen ist. Wahrscheinlich liegt diese darin, daß man, wenngleich die Zulässigkeit der fidejussio für jede obligatio angenommen wurde, dennoch früher Bedenken trug, hierunter auch die naturalis obligatio, die keine actio und streng genommen auch kein debitum hervorbrachte, mit zu begreifen. Man erachtete es vielleicht als eine nothwendige Voraussetzung einer fidejussio, daß eine actio oder was dem entsprach ein wirkliches debitum im eigentlichen Sinne

vorlag, für welches die fidejussio bestellt war, da bei der angedeuteten Beschaffenheit der nat. obl. bei einer fidejussio der fidejussor eigentlich allein der Schuldner war, seinerseits strenger verhaftet war als der Hauptschuldner, so daß bei der nat. obl. nur dann, si actio aliqua nat. obligationis nomini competebat, wenn man den der actio Exponirten als den debitor ansah, die nothwendige Voraussetzung für die fidejussio vorlag. Solche Bedenken will Julianus mit seiner Bemerkung abgeschnitten haben, daß bei der nat. obl. trotz des Mangels der actio ein debitum angenommen werden könne und damit auch eine hinlängliche Grundlage für eine fidejussio vorhanden sei.

Daß dieses der Gang der Entwicklung gewesen, dafür sprechen auch noch manche andere Spuren in unseren Quellen. So wird z. B. während auf der einen Seite die fidejussio als für die actio bestellt bezeichnet und somit die nat. obligatio ausgeschlossen ist, an anderen Stellen mit besonderer Emphase auch die Tauglichkeit dieser nat. obl. für die fidejussio hervorgehoben, und zwar von Ulpianus in

> L. 6. §. 2. D. de fidejussor. (XLVI, 1.) Adhiberi autem fidejussor tam futurae, quam praecedenti obligationi potest: dummodo sit aliqua, vel naturalis futura obligatio. (lib. 47. ad Sabin.)

und wieder von Julianus in

> L. 7. eod. Quod enim solutum repeti non potest conveniens est, hujus naturalis obligationis fidejussores accipi posse. (lib. 53. Dig.)

Diese aus demselben Werke Julians, aus welchem L. 16. cit. herrührt, entnommene Stelle, ist nicht so zu verstehen, als ob damit nur allgemein die Zulässigkeit der fidejussio für eine nat. obl. behauptet wäre, sondern auf Grund dieser schon in dem vorhergehenden Fragmente enthaltenen Behauptung hebt der Jurist hervor, daß allein der Ausschluß der condictio erforderlich sei, um eine genügende Grundlage für die fidejussio zu gewähren, und um dieses mit dem Satze in Einklang zu bringen, daß für die fidejussio eine obligatio erforderlich sei, fügt er zur Erklärung hinzu, daß darin allein schon die nat. obligatio enthalten sei, so daß auch umgekehrt schon für eine solche (hujus) nat. obl. eine fidejussio bestellt werden könne. Daß

das aber ein Satz sei, gegen welchen man Bedenken haben könne, auch wohl Bedenken gehabt hat, sagt das: conveniens est, man hat das zugelassen, zugleich anerkennend, daß, streng genommen, die obligatio in ihrem Rechtsbestande aufgefaßt, das entgegengesetzte Resultat würde zum Vorschein kommen. Und diese Convenienz eben ist es, welche in L. 16. cit. als nunmehr geltendes Recht hervorgehoben wird.

Auf diesen Zusammenhang der Dinge weist dann auch vielleicht der eigenthümliche Ton hin, mit welchem Gaius die Haftung des fidejussor für die obligatio eines servus erwähnt. Nachdem er gesagt hat, daß für jede obligatio ein fidejussor bestellt werden könne, fährt er fort:

> at ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit, cui adjiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fidejussorem accipiat, sive dominus in id quod sibi debeatur.[7])

Daß hier die obligatio des servus noch besonders hervorgehoben wird, kann nicht den Grund haben, daß der servus weniger als Andere naturaliter obligirt sei, sondern es geschieht um darauf aufmerksam zu machen, daß gerade für den servus selbst, für dessen Schuld — im Gegensatz zu der daneben vielleicht begründeten Schuld des dominus — die fidejussio möglich sei, und darum wird auch der Schuld des servus an einen extraneus, wegen deren eine actio gegen den dominus denkbar, die Schuld des servus an den eigenen dominus gleichgestellt, in welchem Falle: non competit actio naturalis obligationis nomine.[8])

Ebenso ist endlich auch vielleicht der besondere Nachdruck zu deuten, mit welchem Theophilus[9]) hervorhebt, daß der fidejussor für eine nat. obl. „natura et lege tenegatur," und sich dafür auf eine regula dictitans beruft: „quorum principales

---

7) Gai. III, §. 119. — §. 1. J. de fidejuss. (III, 20.)

8) Daß man bei der fidejussio für eine nat. obl. gewohnt war zwischen dem nat. debitum und dem praetorischen zu unterscheiden, zeigt L. 12. L. 21. §. 2. D. de fidejuss. (XLVI, 1.)

9) ad §. 1. J. de fidejuss. (III, 21.)

natura tenentur horum fidejussores natura et lege tenentur,“ Die Berufung auf solche Regel, und die Aufstellung derselben wäre wohl nicht erforderlich gewesen, wenn man nicht Anstoß genommen hätte an einer fidejussio für ein klagloses debitum. Möglicher Weise hatte man sich auch an den Satz von der durior causa gestoßen.

Gegen diese Erklärung der L. 16. cit. könnte man nun vielleicht darauf hinweisen, daß die oben bereits angeführte Parallelstelle ohne irgend welchen erkennbaren Zusammenhang mit der fidejussio dasteht, und völlig wie eine allgemeine Definition oder doch Beschreibung der naturalis obligatio erscheint; allein einmal wird aus der kürzeren Fassung und der anderen Stellung der L. 10. cit. durchaus keine weitere Folgerung gezogen, so daß der Anwendung der aus dem durch L. 16. cit. bekannten vollen Zusammenhang sich ergebenden Erklärung Nichts entgegensteht, und sodann schließt die L. 10. cit. auch ohne Beziehung auf die fidejussio die Erklärung allein von klaglosen Obligationen nicht aus.[9a])

Wir müssen daher die noch letztlich von v. Savigny[10]) gegebene Übersetzung: „als Naturalobligationen (d. h. Obligationen ex jure gentium) sind nicht nur diejenigen anzusehen, welche Klagen erzeugen (sowie die Mehrzahl derselben, z. B. Kauf, Miethe, Darlehn), sondern auch die, welche nur die Rückforderung einer (irrig geleisteten) Zahlung ausschließen. Denn auch die Schuldner (in den Obligationen dieser zweiten Art) können als debitores und zwar als naturales debitores angesehen und bezeichnet werden, wenngleich nicht eigentlich, sondern mißbräuchlich“ verwerfen. Sie geht davon aus, daß bei den Römern die obll. juris gentium, allgemein naturales obligationes heißen, und daher auch umgekehrt naturales obligationes zuerst in diesem Sinne zu nehmen seien, allein eine solche Eintheilung der Obligationen läßt sich überall nicht nachweisen, und ebensowenig kann man, wie aus dem Vorstehenden sich ergiebt, behaupten, daß wo eine klagbare Obligation naturalis genannt ist, dieses um ihren Ursprung ex jure gentium anzudeuten geschehen sei. Nach dieser Übersetzung muß ferner §. 3.

9a) Vrgl. auch Holtius a. a. O. S. 35, not. 1. 10) A. a. O. S. 40 ff.

allein von klagbaren Obligationen verstanden werden, dagegen aber ist zu erinnern, daß innerhalb des Gebiets der klagbaren Obligation nirgends naturalis im Gegensatz zu civilis gebraucht wird, und außerdem bleibt dann unerklärt, warum Julian es für nöthig hält, die Zulässigkeit einer fidejussio für obligationes juris gentium besonders hervorzuheben, da, wie schon gesagt, doch wohl niemals daran gezweifelt worden, daß die Ableitung der obligationes aus dem jus civile oder dem jus gentium für die fidejussio völlig gleichgiltig sei. Sodann müssen nach v. Savigny's Übersetzung die in der Stelle genannten naturales debitores in einem engeren Sinne verstanden werden, als die zu Anfang derselben genannten naturales obligationes, während doch der Text zu solcher Beschränkung keine Veranlassung bietet, vielmehr die Beziehung der naturales debitores auf die naturales obligationes fordert. Der Einwand, welchen v. Savigny der Erklärung der Stelle allein von klaglosen Obligationen macht, ist außerdem nicht zutreffend; er meint die verschiedenen Ausdrücke si und cum bezeichneten nothwendig verschiedene Obligationen, allein daß auf diesen Unterschied gerade kein Gewicht zu legen, zeigt die Parallelstelle, L. 10. cit., welche beide Male si hat,[11]) und will man auch einen Unterschied in diesen Ausdrücken festhalten, so ist nach unserer Erklärung die Verschiedenheit des Ausdrucks auch ohne Annahme verschiedener Arten von Obligationen vollkommen gerechtfertigt, weil damit auf das Genaueste die verschiedene Stellung der erwähnten actio und des solutum non repetere zu der (klaglosen) naturalis obligatio angegeben ist.

Mit v. Savigny müssen wir aber auch die neuerdings wieder von Unterholzner[12]) und v. Vangerow[13]) gegebene Erklärung zurückweisen. Denn wenn danach die LL. citt. allerdings auch allein von klaglosen Obligationen verstanden

11) v. Savigny sagt auch selbst, daß die L. 10. cit. nur in Kleinigkeiten von der L. 16. cit. abweiche; dann kann aber nicht in dem si und cum der Grund für die Annahme von klagbarer und klagloser Obligation liegen. Ueber si und cum s. auch L. 48. D. de cond. indeb. (XII, 6.)

12) Die Lehre des Röm. Rechts von den Schuldverhältnissen. Band I. S. 12.

13) A. a. O. Bd. III. S. 5.

werden sollen „aber in der Weise: eine nat. obl. habe nicht bloß insofern eine practische Bedeutung, als sie die Grundlage von Klagrechten für den Gläubiger sein könne (wenn nämlich Bürgschaft, Pfandrecht, Constitutum oder Novation hinzukommen), sondern auch insofern, als dabei keine Rückforderung des Gezahlten stattfinde",[14]) so steht dem entgegen, daß von der actio hypothecaria und ebenso von der actio gegen den fidejussor, der actio de pecunia constituta und der aus der Novation hervorgehenden actio ex stipulatu schwerlich gesagt werden kann: naturalis obligationis nomine competit. Unterholzner meint freilich gerade darin, daß dieser Ausdruck, und nicht: actionem parit gesagt ist, einen Beleg für seine Ansicht zu haben, allein die Selbständigkeit der gedachten Klagen und die Gründung derselben auf einen eigenen von der nat. obl. verschiedenen Rechtsact könnte selbst jene indirectere Bezeichnung nicht rechtfertigen. Ferner steht entgegen, daß danach der Zusammenhang mit dem §. 3 völlig aufgehoben wäre, denn nach dieser Erklärung würde der Jurist, nachdem er die Tauglichkeit der nat. obl. zur Begründung einer fidejussio ausgesprochen, gänzlich unmotivirt mitten in die Auseinandersetzung über fidejussio eine Erzählung einschieben, zu was Allem noch die nat. obl. tauglich und daß ihre rechtliche Existenz nicht abhängig wäre von dem Vorhandensein einer actio. Eine derartige Erklärung wäre doch aber wohl nur dann zulässig, wenn gar keine andere, den Zusammenhang beachtende möglich wäre.[15])

---

14) Wenn v. Savigny, a. a. O. S. 41., diese Ansicht so referirt: „Nicht bloß dadurch wird eine n. o. begründet, daß durch sie (zufällig) eine Klage entsteht, — — sondern auch dadurch, daß die irrig geleistete Zahlung nicht zurückgefordert werden kann," so ist das wohl nicht ganz genau und daher der am Schluß der Darstellung gegen diese Ansicht gemachte Einwurf nicht zutreffend.

15) Ueber ältere Erklärungsversuche s. Weber, a. a. O. §. 51. Glück, Commentar Bd. I. S. 188. 189. v. Savigny, a. a. O. S. 41. Anm. r. — Weber und Glück wollen die L. cit. von der obligatio pupilli in quantum locupletior factus est verstehen, diese ist nun freilich auch in den Quellen mit naturalis bezeichnet, aber nicht im Gegensatz zu der obl. civilis, sie ist im Gegentheil gleichsam eine naturale civilis obligatio, wie das mutuum, und da die Stelle ganz allgemein spricht, so darf wohl nicht an einen einzelnen besonderen Fall gedacht werden.

Handelt nun aber L. 16. cit. und L. 10. cit. allein von klaglosen Obligationen, so bleibt das Resultat bestehen, wie es am Ende des vorigen §. hervorgehoben, nämlich, daß die Bezeichnung naturalis für eine klagbare Obligation nur eine höchst seltene und vereinzelte in unsern Quellen ist. Wenn daher die bisherige Theorie alle Obligationen ohne Rücksicht auf ihre Wirkung nach ihrem Ursprunge, oder richtiger nach ihrer Ableitung ex jure civili und ex jure gentium allgemein in civiles und naturales eintheilt, so findet das in den Quellen selbst keine Bestätigung, und jede Erklärung von naturalis obligatio auf diesem Wege verliert ihren Boden. Damit ist denn auch namentlich die Zusammengehörigkeit der klagbaren und klaglosen Obligationen, wie sie bisher allgemein angenommen wurde, als unrichtig bezeichnet, denn dieselbe ging davon aus, daß alle obll. juris gentium wegen dieser Ableitung naturales hießen, und von diesen die im Recht nicht anerkannten wegen dieses Mangels klaglos waren, ihren Namen also auch von dem Ursprung ableiteten, nur daß dann diese vorzugsweise den in das Gebiet des Civilrechts durch die Anerkennung aufgenommenen naturales obligationes gegenüber naturales hießen, und, weil diesen Obligationen immer die actio fehlte, in zweiter Linie erst dieser Name die Bedeutung der Klaglosigkeit bekam.

Dabei ist freilich nicht zu leugnen, daß die klagbaren naturales obligationes und die klaglosen immer noch einen Zusammenhang haben, nämlich gerade in dem Namen, und es wird sich unten zeigen, daß der gleiche Name auch auf eine Gleichheit beider Obligationen in gewisser Beziehung hinweist, ist aber schon für die klagbaren obll. die Benennung naturales nicht von dem Ursprung hergenommen, so kann auch für die klaglosen Obligationen aus gleicher Benennung nicht auf gleichen Ursprung mit jenen klagbaren Obligationen geschlossen werden, und wenn man aus diesem Zusammenhang der klaglosen natt. obll. mit den klagbaren die Ableitung und Begründung der klaglosen ex jure gentium meinte rechtfertigen zu können, so entbehrt das jeden Grundes. Die klagbaren Naturalobligationen sind allerdings juris gentium, aber nicht darum heißen sie naturales.

L. 41. D. de pecul. (XV, 1.). Nec servus quicquam debere potest, nec servo deberi potest. Sed quum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem. Itaque quod servo debetur, ab extraneis dominus recte petet: quod servus ipse debet, eo nomine in peculium et si quid in rem domini versum est, in dominum actio datur. (Ulp. lib. 43. ad Sabin.)

Nach anderweiten Zeugnissen ist es unzweifelhaft, daß servi aus ihren Contracten auch mit Fremden naturaliter, d. h. klaglos, aber mit den sonstigen den klaglosen Obligationen beigelegten Folgen obligirt werden, und umgekehrt die anderen Contrahenten sich obligiren;[6]) daß aber in der angeführten Stelle gerade von Contractsobligationen die Rede ist, zeigt schon die Stellung des Fragments in dem Titel de peculio und die Erwähnung der Haftung des dominus de peculio. In ähnlicher Weise wie Julianus will auch Ulpianus bei Naturalobligationen nur in mißbräuchlichem Sinne des Wortes ein deberi und ein debere annehmen, aber auf Grund dieses deberi und debere soll dann wegen der Schuld an den servus der dominus eine actio haben und umgekehrt wegen der Schuld des servus dem anderen Contrahenten verhaftet sein, nicht absolut zwar, wohl aber de peculio oder de in rem verso. Eine obligatio begründet unmittelbar nur eine actio für und gegen die Contrahenten, das kann aber im vorliegenden Falle nicht geschehen, da der servus weder eine actio haben, noch gegen denselben eine actio erhoben werden kann, die obligatio ist daher klaglos. Das Verhältniß des servus zu seinem dominus bringt es aber mit sich, daß die Handlungen des servus, soweit sie Erwerbungen sind, absolut und völlig, soweit sie Verpflichtungen enthalten, wenigstens durch Hinzutreten anderer Gründe für und gegen den dominus wirken, und zwar als klagbare obligationes, weil bei dem dominus selbst nicht wie beim servus ein Hinderniß sich der actio entgegenstellt. Wir werden dieses Verhältniß unten noch weiter aus einander zu setzen haben, hier soll nur hervorgehoben werden, wie demnach

---

6) L. 14. D. de O. et A. (XLIV, 7). L. 13. pr. D. de cond. ind. (XII, 6.)

eine obligatio klaglos sein und doch zugleich für oder gegen einen Andern als die Contrahenten, und zwar in demselben oder in einem andern Umfange eine actio begründen kann, als welcher durch die obligatio selbst gegeben ist. Von solchem Verhältniß aber ist nun gerade die L. 16. cit. zu verstehen, und unter dieser Voraussetzung ist die Ausdrucksweise derselben völlig gerechtfertigt, denn diese actio auf Grund der nat. obl. kommt nicht bei jeder solchen obligatio vor, und selbst bei dieser nicht einmal immer, nämlich dann nicht, wenn der servus der debitor ist und für die Haftung des dominus einer der besondern Gründe, von denen oben zwei angeführt sind, nicht vorhanden ist. Dann tritt die naturalis obligatio in ihrer wahren Gestalt, in ihrer Klaglosigkeit hervor, wogegen, si aliqua actio competit, bis auf den Belauf dieser actio, also möglicher Weise ganz, die nat. obligatio unter der actio, also der klagbaren Obligation verschwindet; allein dennoch ist es die obligatio des servus, das debere desselben und das deberi an ihn, welches nur seine Rechtswirkung unmittelbar für und gegen den dominus richtet. In Bezug auf solchen Fall sagt nun Julianus: die Möglichkeit der fidejussio für eine naturalis obligatio sei nicht an die Voraussetzung einer solchen actio gebunden und auf den Inhalt dieser beschränkt, sondern es sei auch abgesehen davon wegen des debitum des servus und an den servus selbst die fidejussio möglich, weil auch ohne die actio doch ein debitum wenn auch nur in uneigentlichem Sinne vorhanden, wie es aus der Ausschließung der soluti repetitio sich ergebe, denn eben nur ein debitum werde für die Möglichkeit einer Bürgschaftsbestellung verlangt.

Zur Bestätigung dieser Erklärung muß dann aber noch zweitens eine Veranlassung aufgezeigt werden, wodurch der Jurist zu einer solchen Auseinandersetzung gekommen ist. Wahrscheinlich liegt diese darin, daß man, wenngleich die Zulässigkeit der fidejussio für jede obligatio angenommen wurde, dennoch früher Bedenken trug, hierunter auch die naturalis obligatio, die keine actio und streng genommen auch kein debitum hervorbrachte, mit zu begreifen. Man erachtete es vielleicht als eine nothwendige Voraussetzung einer fidejussio, daß eine actio oder was dem entsprach ein wirkliches debitum im eigentlichen Sinne

keit dahin, zweierlei Arten von natt. obll. aufzustellen; die einen, welche auf denselben causae ruhen, wie die civiles obll. und die anderen, welche solcher causae entbehren, so daß jene nur in der Wirkung, diese in der Wirkung und dem Entstehungsgrunde von den civiles obligationes abweichen, jene vom Standpunkte des Rechts aus Obligationen sind, wenn auch nicht vollkommen wirksame, diese aber von demselben Standpunkte aus keine Obligationen sind, so daß auch die Deduction der in diesen Fällen sich zeigenden Rechtswirkungen eine andere sein muß, als bei den Naturalobligationen der ersteren Art. Da nun aber das Recht nur eine nat. obl. kennt, und, die vermeinte Identität von nat. debitum und nat. obl. vorausgesetzt, jene Verschiedenheiten nicht achtet, so mußte für die Naturalobligationen ein anderer Entstehungsgrund angenommen, wie für die civilen, und das Zusammentreffen mit den civilen Entstehungsgründen in den meisten Fällen der Naturalobligationen mußte als ein zufälliges betrachtet werden, welches für die Frage nach der Existenz der Naturalobligationen gleichgiltig ist.

Auf diesem Wege kam die alte Theorie zu der lex naturalis und die spätere zu dem Naturrecht als der Quelle, und zwar unmittelbaren Quelle der Naturalobligationen, sie erklärte die Naturalobligationen für nicht rechtlich begründete debita, umfaßte daher auch stets die in den Quellen erwähnten debita der letzteren Art — und freilich denn auch noch so vieles Andere. Die Neueren dagegen, welche die Eigenthümlichkeit dieser an sich dem Recht fremden nat. debita und deren Unterschied von den debitis aus Naturalobligationen mit civiler Begründung anerkannten, sich bestrebten, den letzteren gerecht zu werden, und den Naturalobligationen möglichst ihren Charakter als rechtliche Obligationen zu wahren, fanden in ihrer Theorie keinen rechten Platz für diese nat. debita ohne obligatorische causa, sie trennten sie von den übrigen natt. obll. mehr oder weniger ab, wagten es aber dennoch nicht nun für die letzteren rein auf die civilis causa zurückzugehen, sondern begnügten sich mit der Behauptung, ihr jus gentium sei die dem positiven Recht angehörige naturalis ratio.

Die Fälle eines natura debitum, bei denen es an einer civilis causa mangelt, sind vorzugsweise:

1) das n. debitum eines libertus an den patronus auf Praestirung von operae officiales und
2) das n. debitum ex nudo pacto.

An diese schließt sich das donare in sofern an, als es ebenso wie die beiden genannten n. debita an einer einzigen Stelle ein: naturaliter sibi aliquem obligare ad remunerandum genannt wird. Andere Fälle, welche man diesen gleichgestellt hat, obgleich die Bezeichnung derselben als naturaliter debita sich in den Quellen nicht findet, werden weiter unten Berücksichtigung finden.

Daß die donatio nicht mit den übrigen natt. obll. zusammengestellt werden dürfe, ist längst allgemein anerkannt, ebenso hat man die eigenthümliche Stellung des debiti liberti gefühlt, und dieselbe bald als eine bloße Pietätspflicht,[5]) bald als eine mit Familienverhältnissen zusammenhängende Obligation bezeichnet,[6]) auf welche der gewöhnliche Maßstab einer privatrechtlichen Obligation nicht passe. Weniger dagegen hat man die besondere Stellung des nudum pactum anerkannt; die Opposition gegen die Annahme einer nat. obl. aus demselben ist nur vereinzelt, und hat, so richtig sie auch ist, wohl darum nicht recht durchdringen können, weil man bei allen Gründen gegen die naturalis obligatio doch das unleugbar dastehende naturaliter debitum nicht recht erklären konnte. Denn wenn man dieses denn doch wieder von einer nat. obligatio verstand, so mußte man nothwendig wieder eine besondere Art von natt. obll. annehmen, wovon die Quellen Nichts wissen, oder diese nat. debita von reinen Moral- oder Pietätspflichten verstehen,[7]) für die denn doch der Name naturale nicht nachzuweisen sein dürfte.

Beide oben genannte Fälle eines naturalis debiti haben aber mit der naturalis obligatio Nichts gemein, als den Beinamen: naturalis, und während die Naturalobligationen oftmals nat. debita heißen, werden diese nat. debita niemals obligationes genannt. Das ist nicht etwa bloß zufällig, denn diese debita sind keine rechtsbegründeten debita, wie die ex naturali

5) S. Holtius, a. a. O. S. 15.
6) S. Brinz, Pandekten, S. 573.
7) So Holtius, a. a. O. S. 16.

obligatione, sondern sind nur in sofern debita, als das Römische Recht eine jede auf Grund einer objectiven, wenn auch unjuristischen causa gemachte vermögensrechtliche Leistung als eine solutio in der Art anerkennt, daß es die soluti repetitio, welche sonst stattfindet, sobald Jemand irrthümlich d. h. in der Meinung einer rechtlichen Schuld, einer obligatio gezahlt hat, auch hier ausschließt, und somit das dieser solutio zu Grunde liegende Verhältniß wenigstens in Bezug auf die condictio indebiti für ein debitum erklärt. Naturalia heißen diese debita, weil sie nicht nach dem Recht, sondern nach der dem Recht fremden, wenigstens von ihr verschiedenen naturalis ratio, dem jus naturale im Gegensatz zum positiven Recht, debita sind. Das ist im Folgenden genauer nachzuweisen.

Debere, debitum[8]) im strengsten, eigentlichsten Sinne ist die Pflicht des Schuldners ex obligatione civili, debitor ist derjenige a quo invito pecunia exigi potest.[9]) Dieser Zwang ist allein durch eine actio, ein Forderungsrecht zu realisiren, und daher ist eigentlich kein débitum ohne actio möglich, denn der Mangel dieser letzteren überläßt die Leistung dem Belieben und guten Willen des debitor, der darum eben nicht debitor ist, oder doch, wie bei den nat. obll., nur wegen des vorhandenen Grundes für das debitum uneigentlich und mißbräuchlich so genannt wird.[10]) Wie aber eine jede actio, auch wenn sie nicht auf einer obligatio ruht, eine Forderung auf eine Praestation Seitens des Gegners enthält, so wird überhaupt jede mit einer actio verfolgbare Verpflichtung ein debitum genannt. So sagen die Institutionen

> Pr. J. de actt. (IV, 6.) Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur

und nach dem folgenden Inhalt des Titels muß das auf alle, auch dingliche Klagen bezogen werden. Derselbe Umfang wird dem debere ausdrücklich angewiesen in

---

8) Vergl. Brissonius de V. S. und Dirksen, Manuale unter diesen Worten, sowie auch s. v. debitor.

9) L. 108. D. de V. S. (L, 16.)

10) Vergl. oben S. 1.

L. 178. §. 3. D. de V. S. (L, 16.) Hoc verbum: debuit omnem omnino actionem comprehendere intelligitur, sive civilis, sive honoraria, sive fideicommissi fuit persecutio (Ulp. lib. 49 ad Sab.) und dem entsprechend reden die Quellen z. B. von einem praedium cui servitus debetur und einem praedium quod servitutem debet,[11]) wobei das debere offensichtlich nur die Zuständigkeit des dinglichen Rechts bedeutet. Aber auch ohne actio und ohne eine eigentliche vermögensrechtliche Leistung kommt ein debere vor, so z. B. an mehreren Stellen ein libertatem debere, eine libertas debita.[12]) Es bezieht sich das auf eine fideicommissarische Anordnung, daß der Erbe einen servus des Erblassers freilassen soll, und nur die Giltigkeit einer solchen Anordnung soll mit dem debere bezeichnet werden, die wirklich ertheilte Freiheit ist die nach dem Fideicommiß zustehende, die Manumission hat ihren Grund in dem Fideicommiß, wenngleich dieselbe von dem Fideicommiß unabhängig ist und auf der andern Seite die libertas trotz der fideicommissarischen Anordnung nicht gefordert werden kann. Von einer obligatio kann hier aber in keinerlei Weise die Rede sein, auch wird keinerlei Rechtswirkung erwähnt, welche die Annahme einer obligatio zu ihrer Begründung erfordert.[13])

Noch deutlicher tritt das debere ohne obligatio, ja ohne rechtlichen Character in denjenigen Stelle hervor, welche ein: pietatem debere aufstellen, d. h. nicht das debere einer Leistung aus Pietätsrücksichten, sondern der pietas selbst, so daß die pietas Gegenstand des debere ist. Zu der Annahme einer obligatio und überhaupt eines rechtlichen debere fehlt hier durchaus ein rechtlich faßbarer Gegenstand, es kann daher nur im nichtrechtlichen Sinne ein debere behauptet werden. Daß

---

11) L. 2. §. 1. D. si serv. vind. (VIII, 5). L. 25. D. de aqua et aq. pluv. arc. (XXXIX, 3.) L. 6. §. 1. D. quemadm. serv. (VIII, 6.) L. 27. D. de S. P. R. (VIII, 3.) L. 25. §. 18. D. fam. erci. (X, 2.) L. 14. D. de serv. (VIII, 1).

12) L. 10. §. 1. L. 30. §. 17. L. 31. §. 2. L. 41. D. de fideicomm. libertatib. (XL, 5.)

13) S. Holtius, a. a. O. S. 15.

aber die Rechtsquellen hier von einem debere reden, geschieht darum, um hervorzuheben, daß mancherlei positive Rechtsvorschriften materiell ihre Begründung und Rechtfertigung finden darin, daß nach jus naturale d. h. nach der aus dem Sachverhältniß selbst sich ergebenden Regel die Kinder den Eltern, die Freigelassenen den Patronen Pietät schulden. So wird z. B. die Vorschrift, daß auch für die mater furiosa, wie für den pater dem filius die cura obliegt, damit gerechtfertigt, daß

> pietas — parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur. 14)

Ferner wird auf eine Pietätsschuld — pro pietate, quam (filius) patri debet — der Satz zurückgeführt, daß bei einem Streit über den Bestand der patria potestas der filius den Beweis zu führen hat, daß die potestas nicht bestehe, also die potestas so lange als vorhanden angenommen wird, bis der Beweis des Gegentheils geführt ist. 15) In einer anderen Stelle endlich heißt es:

> pietatem liberi parentibus non operas debent 16)

offenbar nur um den Mangel eines rechtlichen debiti auf operae hervorzuheben.

Am entschiedensten tritt aber dieser nichtrechtliche Character des debere hervor in einer Stelle, welche sogar einen beneficii debitor erwähnt. Es geschieht dieses in

> L. 54. §. 1. D. de furt. (XLVII, 2.) Eum qui quid utendum accepit, ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. Ex quo satis apparet, furtum fieri, et si quis usum alienae rei in suum lucrum 17) convertat: nec movere quem debet, quasi nihil lucri sui gratia facit. Species enim lucri est ex alieno largiri, et beneficii debitorem sibi acquirere. Unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet. (Gai. lib. 13 ad Ed. provinc.)

---

14) L. 4. D. de cur. fur. (XXVII, 10.)

15) L. 8. D. de probat. (XXII, 3.)

16) L. 10. D. de obseq. parentibus et patronis praestandis (XXXVII, 15.), vergl. auch L. 1. eod.

17) L. 1. §. 3. D. de furt. (XLVII, 2.)

Hier ist das Stehlen, um das Gestohlene zu verschenken, als wahres furtum hingestellt, denn es sei ein lucrum von fremdem Eigenthum zu schenken, oder damit liberal zu sein und dadurch sich einen debitor beneficii zu erwerben. Donare und largiri ist nun aber im Recht gerade das Gegentheil von jedem obligare und wenn deshalb dieses donare als Erwerbung eines debitor bezeichnet ist, so kann debitor nicht im rechtlichen Sinne genommen werden. Ebenso ist das beneficium gerade das Entgegengesetzte von debitum und ein debitum als Folge eines beneficii kann nur in demselben Sinne debitum sein. Die Remuneration, zu welcher der Beschenkte durch das beneficium verpflichtet sein soll, hat zwar in manchen Punkten einen von dem einfachen donare abweichenden Character, allein sie bleibt doch immer eine donatio, und darum kann von einem rechtlichen debitum einer remuneratio nicht die Rede sein.[18]) Die Entscheidung, daß dabei doch die Requisite des furtum vorhanden seien, steht dieser Erklärung nicht entgegen, denn sie wird gerade durch eine Ausdehnung des Begriffs von lucrum so weit, daß auch das ex alieno largiri darunter fällt, gerechtfertigt.

Die remuneratorische Schenkung kommt noch in einer andern Stelle unter ähnlicher, eigenthümlicher Bezeichnung vor, und diese ist hier nicht nur deshalb zu erörtern, weil sie weiteren Aufschluß giebt über die rechtliche Behandlung der Remuneration und die Veranlassung zur Bezeichnung derselben als eines debiti, sondern auch deshalb, weil man auf diese Stelle gestützt gerade eine naturalis obligatio ad remunerandum angenommen hat, was denn auf die Theorie der nat. obligatio im Allgemeinen von bedeutendem Einfluß sein mußte, da es die nat. obl. als eine nicht nur von der civ. obl. abweichende, sondern als eine völlig andere hinstellte, welche da Platz greife, wo das Recht die Existenz einer obligatio geradezu leugnet.

Die erwähnte Stelle ist

> L. 25. §. 11. D. de H. P. (V, 3.) — — bonae fidei possessores — — in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Quemcunque igitur sumptum fecerint ex hereditate, si quid dilapidaverunt, perdi-

18) Vergl. v. Meyerfeld a. a. O. S. 368 ff.

derunt, dum de re sua abuti putant, non praestabunt: nec si donaverint, locupletiores facti videbuntur, quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt. Plane si *ἀντίδωρα*, i. e. remunerationes, acceperunt, dicendum est, eatenus locupletiores factos, quatenus acceperunt: velut genus quoddam hoc esset permutationis. (Ulp. lib. 15. ad Ed.)[19])

Hier ist dasselbe, was oben sibi acquirere beneficii debitorem hieß: naturaliter sibi aliquem obligare ad remunerandum genannt, und es kann obligare, so auffällig das auch ist, hier nur in demselben Sinne genommen werden, wie dort der debitor; der Zusatz naturaliter kann nur den Zweck haben, gerade diese nichtrechtliche Bedeutung hervorzuheben.

Fragen wir zuerst, ob und welche etwa auf eine obligatio zurückzuführenden Rechtswirkungen hier der donatio beigelegt werden.

Der Jurist erörtert den Umfang und die Bedeutung der Bestimmung des Senatusconsults, daß die bonae fidei possessores hereditatis allen aus der hereditas gemachten Gewinn herauszugeben verpflichtet sein sollen. Darum sind dieselben nicht verhaftet, wenn sie Erbschaftssachen: dum re sua abuti putabant, verschleudert und verloren haben, und eben so wenig, wenn sie dieselben verschenkt haben. Durch dieses letztere hat sich der b. f. possessor allerdings beneficii debitorem erworben, und wenn damit auch das für das furtum erforderliche lucrum gegeben ist, so ist doch darin nicht eine zur Restitution verpflichtende Bereicherung zu sehen; denn wenn auch die donatio für den Beschenkten die Veranlassung bietet zur Leistung einer Remuneration, so hat der b. f. possessor doch keinen rechtlichen Anspruch auf Remuneration. Man könnte nun vielleicht meinen, daß diese Entscheidung sich daraus rechtfertige, daß die betreffende obligatio eine naturalis d. h. klaglose sei, mithin dem Schenker kein Forderungsrecht, welches

---

19) v. Meyerfeld, a. a. O. Bd. I. S. 369 ff. und die dort Angeführten: v. Savigny, System, Bd. IV. S. 92 ff. Obl. R., Bd. I. S. 107. Christiansen, a. a. O. S. 91. Holtius, a. a. O. S. 16.

er restituiren könnte, gewähre, daß damit aber noch nicht der Bestand einer obligatio überhaupt geleugnet sei.[20]) Allein der Annahme einer obligatio in irgend welchem rechtlichen Sinne steht einmal entgegen, daß es ein Widerspruch ist, zu sagen, schenken sei rechtliches Obligiren in irgend welchem Sinn, ferner daß es ebenso ein Widerspruch ist, Jemanden für rechtlich verpflichtet zum Schenken, oder zum Remuneriren, was auch wesentlich Schenken ist, zu erklären, und endlich daß eine Obligation zum Remuneriren eine obligatio ohne einen irgendwie, auch nur annäherend bestimmten Gegenstand wäre, also eines wesentlichen Bestandtheils der rechtlichen obligatio entbehren würde. Denn jede Leistung des Beschenkten an den Schenker, welche mit Rücksicht auf die vorangegangene donatio gemacht wird, ist Remuneration, lediglich die Absicht des Leistenden macht die Gabe zur Remuneration, und darum ist denn auch, falls der Beschenkte nicht: animo remunerandi, sondern in der irrthümlichen Meinung durch die donatio zu einer Gegenleistung rechtlich obligirt zu sein, leistet, unbedenklich die soluti repetitio zulässig, wodurch jede Annahme einer nat. obl. ausgeschlossen ist.[21])

Etwas anders dagegen steht es mit der wirklich vollzogenen Remuneration, denn wenn diese auch nullo jure cogente[22]) geschehen ist, so erscheint sie doch gerade auch nach der Absicht des Remuneranten nicht als eine reine donatio, sondern als eine, wenn auch nicht rechtlich herbeigeführte und rechtlich motivirte, Gegenleistung für das donatum. Diese Auffassung hat im Recht, ohne im Allgemeinen der Remuneration ihren Character als donatio zu nehmen, eine gewisse Anerkennung gefunden. So ist in unserer Stelle die Entscheidung des Ulpian in Bezug auf die schon vollzogenen Remunerationen gerade die entgegengesetzte, wie die wegen der noch erwarteten. Hielte man fest, daß Remunerationen eben nur reine donationes

---

20) L. 40. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1) ist hier nicht anzuführen, da es sich nicht um Schulden an die Erbschaft, sondern an den possessor hereditatis handelt. S. den folgenden Abschnitt.

21) S. von Meyerfeld, a. a. O. S. 379 und die daselbst in not. 44 Citirten.

22) L. 29. D. de donat. (XXXIX, 5.)

d. h. Gaben sine causa wären, so könnte der b. f. possessor, da dann jeder Zusammenhang der Remuneration mit der hereditas fehlte, dieselbe als eine rein grundlose Bereicherung erschiene, zur Restitution mit der hereditas nicht gehalten sein; daß er es doch ist, erklärt sich nur daraus, daß in dieser Beziehung auch im Recht die Remuneration, entsprechend der Absicht des Remuneranten, welcher nicht sowohl den possessor bereichern als einen Ersatz für das donatum geben wollte, als eine solche Gegenleistung aufgefaßt wird: velut quoddam genus permutationis. Schon v. Savigny[23]) hat darauf aufmerksam gemacht, wie vorsichtig der Jurist sich ausdrückt, um nicht den Anschein zu geben, als nähme er hier wirklich eine obligatio an; er will nur darauf hinweisen, daß die vollzogene donatio und remuneratio ähnlich wie Leistung und Gegenleistung zu einander stehen.

Auch in anderen Stellen wird diese Auffassung der Remuneration zu verschiedenen Zwecken geltend gemacht, so z. B. in

> L. 10. §. 7. D. de in rem verso. (XV, 3) — etsi tantundem ei donavit dominus, quantum creditori solvit pro se, si quidem remunerandi animo, non videri versum: si vero alias donavit, durare versum. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

Gegen den dominus soll aus den Geschäften des servus mit Dritten die actio de in rem verso nur auf das dem dominus wirklich zugekommene lucrum zulässig sein und es soll dabei das, was der servus dem dominus schuldet, nicht als lucrum gelten. Ferner soll die geschehene versio aufhören, also die actio de in rem verso dem Gläubiger nicht mehr zustehen, wenn der dominus dem servus die Summe, welche Letzterer für ihn aufgenommen, bezahlt hat, und dieser solutio wird gleichgestellt die remuneratorische Schenkung der Schuldsumme an den servus, nicht aber die reine donatio. — Auf demselben Grunde ruht die Entscheidung, daß der vom Gläubiger dem fidejussor gemachte Erlaß seiner Schuld, wenn derselbe als Remuneration gelten soll, die actio mandati des fidejussor gegen den Hauptschuldner nicht aufhebt, wohl aber, wenn der

---

23) System, S. 93. not. k.

Erlaß als eine reine donatio anzusehen ist.[24]) Die Remuneration wird also auch in diesen Fällen „velut quoddam genus permutationis" betrachtet.

Noch deutlicher tritt dieser Solutionscharacter der remuneratio hervor in den beiden bekannten Stellen: L. 34. §. 1. und 27. D. de donationibus (XXXIX, 5).[25]) Zur Annahme einer obligatio fehlt es hier an einem bestimmten Gegenstande, und in L. 34 cit. auch an jedem Obligationsgrunde, während letzterer, zum Theil wenigstens, in L. 27. cit. vorhanden sein dürfte, da es sich um Leistungen handelt, welche auch ohne vorgängige Verabredung den Empfänger zu einer Zahlung verpflichten. Der remuneratorischen Schenkung wird aber hier die Revocabilität abgesprochen und damit dieselbe, anders als die einfache donatio auf die Leistung als Gegenleistung bezogen.

Wird so die wirklich geschehene Remuneration der obligatorischen Gegenleistung und selbst der solutio in vielen Punkten gleichgestellt, so liegt es nahe, die donatio als die Veranlassung dieser Gegenleistung oder solutio anzusehen, donare als ein Herbeiführen der Remuneration zu erklären; allein damit ist dann eben Nichts weiter gesagt, als daß die donatio die nothwendige Voraussetzung der remuneratio ist, nicht aber daß letztere in einem solchen rechtlichen Nexus mit jener steht,

---

24) L. 10. §. 13. D. mand. (XVII, 1.) Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto si fidejussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem: — — (Ulp. lib. 31. ad Ed.) — L. 12. pr. eod. Si vero non remunerandi causa, sed principaliter donando, fidejussori remisit actionem mandati eum non acturum. (Ulp. eod.)

25) L. 34. §. 1. cit. Si quis aliquem a latrunculis vel hostibus eripuit, et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irrevocabilis est; non merces eximii laboris appellanda est, quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit (Paul lib. V. Sentent.). — Vergl. auch Paul. rec. sent. V, 11, 6., wo vor non merces noch steht: si tamen donatio est. Der Sinn ist bei beiden Lesarten derselbe. — Hier wie in L. 27. haben wir eine donatio mixta cum negotio, welche immer noch als donatio gilt, wobei aber die Hauptsätze der donatio im Gegensatz zu denen der solutio zurücktreten. S. v. Savigny, Syst., Band 4. §. 154. — Zu L. 27. cit. vergl. auch noch Giphanius ad h. l. in Lectür. Altorf.

daß dieselbe als rechtliche Schuld erscheint. Darum ist denn auch in diesem Fall das obligare, ein Ausdruck, der an sich viel weiter reicht als das Recht, und von den Römern eben so unbestimmt gebraucht wird wie von uns, ein naturales genannt, einmal im Gegensatz zu der rechtlichen obligatio, sodann aber auch zum Zweck des Hinweises darauf, daß mit dem Obligiren hier nichts Anderes, als das der Natur der Sache nach in dem Schenken Enthaltene gemeint sei; denn nicht außer und neben der donatio hat der Schenker den Beschenkten obligirt, sondern in dem donare liegt dieses obligare.[26] Wer schenkt, liefert, der Natur der donatio nach, dadurch eine objective causa zur Remuneration, welche, ehe sie geschieht, allerdings völlig unbestimmt ist, und im rechtlichen Zusammenhange mit der donatio nicht steht, die aber, wenn freiwillig geschehen, wie eine Gegenleistung gegen die donatio, oder das donatum behandelt wird. So erklärt sich die Bezeichnung natura auf das Einfachste, und man braucht nicht, wie das meistens geschieht, und zwar gerade zum Zweck einer Erklärung dieser Stelle, eine objective Rechtspflicht der Dankbarkeit für erhaltene Geschenke anzunehmen,[27] denn wäre eine solche vorhanden, so müßte auch bei einer Leistung in Folge irrthümlicher Annahme einer obligatio ad remunerandum die soluti repetitio ausgeschlossen sein.

In völlig gleichem Sinne mit diesem durch naturaliter obligare bezeichneten debere finden wir in den Quellen auch die Ausdrücke: natura debita. Rechtlich sind dieselben Leistungen sine causa, aber sie haben außerhalb des Rechts eine, in mancherlei Anwendung denn auch im Recht theilweise anerkannte causa.

So werden Liberalitäten und Schenkungen unter nahe verwandten Personen, namentlich Ascendenten und Descendenten als natura debita, als solutiones naturalis debiti bezeichnet. Das geschieht z. B. in

L. un. C. de imponenda lucrativa descrip-

---

26) Die substantivische Form: obligatio ist nicht gebraucht, und die von Holtius a. a. O. gerade für diesen Ausdruck versuchte Rechtfertigung ist daher überflüssig.

27) Wie z. B. v. Meyerfeld, a. a. O. S. 379.

tione (X, 35.) In tam enim necessariis sibi conjunctisque personis, sub liberalitatis appellatione debitum naturale persolvitur. (Impp. Theodosius et Valentinianus.)

Hier liegt rechtlich eine wahre Schenkung vor, die daher an sich der Steuer, welche bei Uebertragung liegender Gründe der Curialen ex lucrativa causa zu entrichten, unterworfen ist; allein das soll, wenn die Schenkung unter nahe verwandten Personen geschehen, nicht Platz greifen, und zur Rechtfertigung dieser Exemtion wird behauptet, es sei das keine Schenkung, sondern solutio eines debiti. Dieselbe Annahme soll auch bei letztwilligen Verfügungen unter solchen Personen gelten,[28]) weil, wie es im weiteren Verlauf der L. cit. heißt:

Ex his enim successionibus (sc. ab intestato) maxime debiti potius solutio quam muneris oblatio comprobatur, quae non largientibus etiam dominis ipsa propinquitatis serie deferuntur,

also eine Leistung ist, welche ohne den Willen zu schenken nach der Natur des Verhältnisses von selbst an die Beschenkten kommen würde. Daß auch dieses der Grund für die Bezeichnung dieses debiti als eines natura debiti ist, daß nämlich die natürliche Stellung der gedachten Verwandten gleichsam von selbst das Vermögen der Eltern an die Kinder kommen läßt, und umgekehrt, sagt ausdrücklich

L. 7. pr. D. de bon. damnat. (XLVIII, 20). Cum ratio naturalis, quasi lex quaedam tacita, liberis parentium hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili suorum heredum nomen iis indictum est, ac ne judicio quidem parentis, nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt: aequissimum existimatum est, eo quoque casu, quo propter poenam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum: cet. (Paul. lib. sing. de portionib. quae lib. damnat. conceduntur.[29])

---

28) L. cit. verb.: ut si pater.

29) Vergl. auch L. 7. §. 1. D. si tabulae testam. nullae (XXXVIII, 6.).

Die naturalis ratio, quasi lex tacita, also nicht das positive Recht, spricht den Kindern die Erbschaft der Eltern zu, sie vel ad debitam successionem d. h. zu einer ihnen zukommenden Succession rufend. Diese ratio naturalis, die also nicht die ratio im Recht ist, habe dann auch im jus civile d. h. im positiven Recht soweit Anerkennung gefunden, daß die Eltern nur aus besonderen Gründen den Kindern die Erbschaft entziehen können. Damit ist das debitum aber noch nicht zu einem wirklichen, rechtlichen debitum für die Kinder geworden, sondern bei dem Festhalten an der Testirfreiheit der Eltern bleibt es nur natura ein debitum. Gerade aber daß es unter diesem Gesichtspunkt ein debitum ist, soll es rechtfertigen, wenn entgegen dem Rechtssatze, daß alles Vermögen des damnatus an den Fiscus fällt, doch den Kindern der Erwerb der bona damnati als heredes gestattet wird.[30])

Soweit indessen das Civilrecht diese naturalis ratio anerkannt und in sich aufgenommen hat, ist das debitum allerdings dadurch zu einem wirklichen, rechtlichen debitum geworden, und wenn es auch in diesen Beziehungen noch ein debitum naturale genannt wird, so ist das nur ein Hinweis auf die factische Grundlage des positiven Rechts, auf die Übereinstimmung desselben mit der Natur der Sache, zum Theil aber auch wohl deshalb gebraucht, weil dieses debitum, obgleich es ein rechtliches geworden, doch nicht direct und unmittelbar als ein rechtlich verfolgbares erscheint. So heißt es z. B. in

> L. 36. §. 2. C. de inoff. testam. (III, 28.) ut non liceat heredi, quando voluerit adire: ne per hujusmodi tramitem interim filius defraudetur debito naturali. (Imp. Justinian.)

Ob hier unter debitum naturale der Pflichttheil[31]) oder der Intestattheil zu verstehen sei, kann zweifelhaft sein, ersterer wird auch an andern Stellen vorzugsweise portio debita

---

30) Vergl. über diese Stelle: Franz von Holtzendorff, die Deportationsstrafe im Römischen Alterthum. (Leipzig 1859.) S. 81 ff.

31) Büchel, a. a. O. Bd. II. S. 59. not. 3.

enannt,[32]) allein für die Beziehung des Ausdrucks auf den Intestattheil spricht der Umstand, daß mit der querela inoffiiosi testamenti, um welche es sich hier handelt, nicht der Pflichttheil, sondern der Intestattheil erlangt wird, und daß mgekehrt, wenn der heres scriptus nicht intra statutum temius antritt, der filius ebenfalls den Intestattheil bekommt, ferner aß die naturalis ratio nach L. 7. cit. den ganzen Intestatheil den Kindern zuweist. Auch paßt die Bezeichnung debitum aturale mehr für den Intestattheil wie für den Pflichttheil, ür welchen sie auch sonst nicht mit Sicherheit nachgewiesen verden kann, denn gerade die Hinterlassung nur eines bestimmten Theils des Intestattheils kann durch die naturalis ratio icht gerechtfertigt werden.[33]) Der Pflichttheil in seiner bestimmen Abgrenzung ist rein ein Product des positiven Rechts, woegen die Hinterlassung des Intestattheils jene Bezeichnung troß hrer Aufnahme in das positive Recht und des derselben ertheilten Schutzes noch immer verdient. Denn wenn auch die Querel dem Erben den Intestattheil verschafft, so existirt doch nirgends ein irecter Anspruch, eine actio gerade auf dieses naturale lebitum, sondern derselbe wird erst durch den Umsturz des Testaments vermittelt, und nur für den Pflichttheil giebt es, venigstens unter Umständen, eine directe actio (a. suppletoria).[34])

Es ist also das verwandtschaftliche Band, namentlich das wischen Eltern und Kindern bestehende, welches seiner Natur ach gewisse Folgen herbeiführt und somit die Handlungen der etreffenden Personen ihrer sonstigen Bedeutung nach modificirt. Das unter diesen Umständen zu Gewährende heißt darum ein lebitum, die Leistung eine solutio, und der Zusatz naturalis ezeichnet genau den Grund des debiti, seinen Charakter und einen Gegensatz gegen ein rechtliches debitum. Die ratio aturalis ist hier nicht die ratio juris, auch nicht etwa die atio juris gentium, sondern das objectiv vorliegende sach-

---

32) Z. B. L. 8. §. 11. D. de inoff. testam. (V, 2.)

33) Damit stimmt denn auch die Deduction in der bekannten L. 11. D. de lib. et post. (XXIX, 2.) überein.

34) Das hier Gesagte paßt auch mutatis mutandis auf das neueste Justinianische Recht.

liche, an sich dem Recht fremde Verhältniß, und es ist daher hier an eine naturalis obligatio um so weniger zu denken, als auch selbst in denjenigen Punkten, in welchen diese debita eine Anerkennung im Recht gefunden haben, eine obligatio im rechtlichen Sinne nicht vorliegt, und demgemäß auch die Quellen hier niemals von einer obligatio reden.

§. 10.

Diesem auf dem Bande der Verwandtschaft ruhenden debitum schließt sich das erste der obengenannten natura debita, nämlich das des Libertus zur Prästirung von operae officiales an den Patronus auf das Engste an, denn das Verhältniß des Patronus zum libertus ist, wenn auch ein juristisches, doch ein der Verwandtschaft, dem Familienverhältniß ähnliches,[1]) und die Leistung der genannten operae kann als der naturalis ratio, dem Wesen desselben entsprechend angesehen werden.

Es wird dieses debere nur in einer einzigen Stelle erwähnt, nämlich in

> L. 26. §. 12. D. de cond. ind. (XII, 6.) Libertus, quum se putaret operas patrono debere, solvit. Condicere eum non posse, quamvis putans se obligatum solvit, Julianus libro x Digestorum scripsit. Natura enim operas patrono libertus debet. (Ulp. lib. 26 ad Ed.)

Daß hier nur operae officiales gemeint sind, ergiebt sich aus dem auf den oben abgedruckten folgenden Satze,[2]) wonach

1) Daß dieses auch die Auffassung des Rechts ist, wird durch die Zusammenstellung der dem Patron gebührenden Leistungen mit den den parentes zukommenden bestätigt — s. T. D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis (XXXVII, 15.) — ebenso durch die Zusammenstellung des Patronus mit den Agnaten in Bezug auf das Erbrecht u. s. w.

2) Sed et si non operae patrono sunt solutae, sed, cum officium ab eo desideraretur, cum patrono decidit pecunia, et solvit, repetere non potest. Sed si operas patrono exhibuit, non officiales, sed fabriles, veluti pictorias, vel alias, dum putat se debere, videndum an possit condicere? Et Celsus lib. 6. Dig. putat, eam esse causam operarum, ut non sint eaedem, neque ejusdem hominis, neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, aetas temporis, opportunitasque naturalis mutat causam operarum.

die irrthümlich gemachte Zahlung von operae fabriles zur soluti repetitio berechtigt, gerade im Gegensatz zu den vorhergenannten officiales, bei denen wegen des vorhandenen natura debitum bei geschehener solutio die repetitio stets ausgeschlossen ist. Daß hier aber debitum im Gegensatz zu obligatio, also nicht für eine besondere Art von obligatio zu nehmen ist, sagt der Jurist ausdrücklich. Ulpian corrigirt sich gleichsam durch das Citat aus Julian selbst, denn während er zuerst sagt, der Libertus habe gezahlt in der Meinung: se debere, fügt er Julians Ausspruch hinzu, daß auch wenn er: putans se obligatum esse, gezahlt habe, nicht condiciren könne. Der Ausdruck: debere ist allerdings von Ulpian in der Bedeutung eines rechtlichen debere gemeint, in welcher er denn hier mit obligatum esse gleichbedeutend ist, allein in dem debere liegt auch noch ein Mehreres, und wenn der libertus gemeint hätte, daß er nur in der nichtrechtlichen Weise operas debere, so hätte er sich gar nicht geirrt, konnte also schon deshalb nicht condiciren; um nun den Irrthum gerade des rechtlichen debere auszudrücken, hat Julianus besser sich des Wortes obligatum esse bedient.

Man hat aber dieses debere und obligatum esse von der Annahme einer klagbaren, civilen Obligation verstanden, und im Gegensatz davon das natura debere als ein debere

---

Der etwaige Einwand, daß geleistete operae keinen Gegegenstand für eine condictio gäben, wird mit Hinweis auf die Möglichkeit einer aestimatio beseitigt, und dann heißt es zum Schluß wieder von operae officiales: Sed si delegatus sit a patrono in officiales operas, apud Marcellum lib. 20. Dig. quaeritur. Et dicit Marcellus, non teneri eum: nisi forte in artificio sint. Hae enim jubente patrono, et alii edendae sunt. Sed si solverit officiales delegatus, non potest condicere, neque ei, cui solvit, creditori, cui alterius contemplatione solutum est, quique suum recepit, neque patrono, quia natura ei debentur. Der Ausschluß der condictio ist nicht durch die Rechtsgiltigkeit der delegatio begründet, sondern weil die solutio falls sie auf Veranlassung des Patrons gemacht ist, diesem gegenüber als solutio nat. debiti gilt. Dem Delegaten gegenüber ist die repetitio aus doppeltem Grunde ausgeschlossen, einmal weil auch in der Zahlung an ihn die solutio des nat. debitum enthalten ist (contemplatione alterius), und zugleich weil er suum recepit.

ex naturali obligatione gedeutet;[3]) allein eine Nöthigung zu dieser Erklärung, die aus dem Worte obligatum von selbst nicht folgt, liegt nur dann vor, wenn man es als selbstverständlich betrachtet, daß natura debere überall naturaliter obligatum esse sei. Gegen dieselbe spricht aber, daß auch die klaglosen Obligationen Obligationen sind, und daß in der Stelle obligatum esse als die Steigerung und Praecisirung das debere erscheint, und endlich daß die Auffassung der naturalis obligatio als einer obligatio entsprechend die Römischen Juristen für die fälschliche Annahme einer civilis obligatio statt der wirklich vorhandenen naturalis eine andere Bezeichnung haben. Sie nennen das: existimare se aliqua teneri actione,[4]) und nirgends wird das ex obligatione naturali Gezahlte als ein errore se obligatum esse Gezahltes bezeichnet.[5])

Darum dürfen wir denn auch nicht, was an sich vollkommen möglich wäre, das Verhältniß zwischen patronus und libertus selbst und unmittelbar als eine rechtliche causa obligationis ad praestanda officia officiales ansehen,[6]) denn dann wäre die Zahlung in der Meinung se obligatum esse — wobei nicht gesagt ist, daß die Meinung des libertus nur auf eine obligatio ex contractu gegangen sei — gar keine irrige, und es wäre dann ferner gar nicht einzusehen, warum eine solche obligatio nur eine naturalis, eine klaglose sein sollte. In den Personen, welche bei dieser obligatio in Betracht kommen, könnte der Grund für den Mangel der actio nicht liegen, denn allerlei operae, officiales wie fabriles, können durch Versprechen des libertus, ja selbst schon durch die impositio domini klagbar geschuldet reden. Man hat aber den Grund für die Klaglosigkeit dieser obligatio darin sehen wollen, daß der Gegenstand der Schuld auf operae officiales so unbestimmt sei, daß vor

3) Die Annahme einer nat. obligatio in diesem Falle ist bei Aelteren und Neueren fast ausnahmslos, so daß z. B. auch noch Brinz dieselbe für zweifellos erklärt (a. a. O. S. 25.)

4) L. 64. D. de cond. indeb. (XII, 6.)

5) Ueber L. 32. §. 2. D. de cond. ind. (XII, 6) s. unten.

6) Z. B. wie Verwandtschaft unter Umständen zum Alimentiren oder zum Dotiren verpflichtet.

der solutio dieselbe keinen gewissen Inhalt habe, und darum mit Nothwendigkeit die Rechtswirkung dieser obligatio auf die Ausschliessung der soluti repetitio beschränkt sei.[7]) Aber liegt denn die Sache anders, wenn eine promissio geschehen ist? Gewiß nicht; auch eine völlig unbestimmte, ganz allgemein gehaltene promissio gerade der operae officiales ist möglich, weil eben in diesen operis schon ihrer Natur nach eine gewisse Grenze und Bestimmung liegt.[8])

Die Sache verhält sich vielmehr folgender Maßen.[9]) Zu den mancherlei Verpflichtungen, welche dem libertus gegen den Patron obliegen, gehört die Prästation irgend welcher operae an sich und dem Recht nach nicht; es war aber eine verbreitete Sitte bei den Römern, die servi bei der Freilassung bestimmte Summen zahlen zu lassen oder ihnen die Leistung gewisser Dienste aufzulegen, zu denen dann der servus durch eine von ihm ausgehende jurata promissio[10]) klagbar verpflichtet wurde.[11]) Die operae bekamen dadurch den Character einer Gegenleistung gegen die manumissio, einer Entschädigung für die Aufgabe des dominii, weshalb denn auch eine solche impositio nicht einem jeden dominus, sondern nur demjenigen zustand, welcher aus eigenem Vermögen und mit eigenem Schaden den servus freigelassen, nicht demjenigen, welcher für den Empfang fremden Geldes die manumissio beschafft, oder welcher einen servus manumittirte, den er nur manumissionis causa tradirt erhalten hatte. Man kann Patronus Jemandes sein, ohne daß darin ein Grund für operae in diesem Sinne, in dieser Bedeutung

---

7) S. v. Savigny a. a. O. S. 102.

8) Vergl. L. 30. D. de op. libert. (XXXVII, 15.) L. 9. eod.

9) Vergl. Ed. Merillius, lib. sing. different. jur. cap. 15. (Differentia inter jus patronatus, et operarum praestationem: inter officiales, et artificiales operas. (Opp. omn. ed. Neapol. tom. II. pag. 26.) — Mühlenbruch, Cession (3te Aufl.) S. 302 f.

10) L. 7. §. 3. D. eod. L. 56. pr. D. de fidej. (XLVI, 1.)

11) Auch einfache promissio vor der manumissio war giltig und erzeugte eine klagbare obl. L. 3. C. an servus (IV, 14.) Promissae tibi pecuniae a servo tuo: Ut eum manumitteres, si postea quam manumisisti stipulatus ab eo non es, adversus eum petitionem per in factum actionem habes. (Alex.)

einer Gegenleistung liegt, denn ein libertus kann sehr wohl materiell einem Andern als dem Patronus die libertas verdanken. Der Vertrag durch welchen die operae versprochen werden, ist also nicht etwa blos eine ausdrückliche Anerkennung einer auch ohne eine solche von selbst eintretenden Folge des Patronatrechtes.[12])

Man unterscheidet nun aber bei den dem libertus möglicher Weise aufzulegenden operis zwischen operae officiales und fabriles, wobei auch wohl noch von den ersteren die operae obsequiales und reverentiales getrennt werden. Letztere kommen aber hier nicht weiter in Betracht, da dieselben nur solche operae officiales umfassen, welche sich einer jeden rechtlichen Schätzung vollständig entziehen. Der Unterschied zwischen operae officiales und fabriles[13]) besteht darin, daß jene solche Leistungen sind, welche ihrer Natur nach gerade nur von dem libertus und gerade nur an den patronus geschehen können,[14]) also erst durch diese bestimmte persönliche Fassung ihren Character bekommen, wogegen die fabriles solche Leistungen sind, welche a quocunque und cuicunque praestirt werden können.[15]) Schon die Benennung officiales operae zeigt aber, daß noch genauer diese operae solche sind, in denen sich das officium des libertus darstellt, daß in ihnen ein Ausdruck für die Stellung des Letzteren zum patronus enthalten. Der libertus steht zu dem patronus, zu dessen Familie er in gewissem Sinn gehört, in einer Art von Abhängigkeits- und Treueverhältnisse und die Natur dieses Verhältnisses bringt es mit sich, daß der libertus dem patronus diese Treue in dazu geeigneten Fällen auch durch Dienstleistungen beweist, wenigstens können dieselben als die natürlichen Folgen und Consequenzen des zwischen dem patronus und libertus bestehenden Verhältnisses angesehen werden, und gerade das ist mit dem natura debere derselben gemeint. Daraus

12) L. 31. D. de op. libert. (XXXVIII, 1.)

13) L. 9. D. de op. libert. (XXXVIII, 1.)

14) Sie können aber allerdings einen Vermögenswerth haben und daher unter Umständen auch an Fremde kommen; s. L. 26. §. 12. cit. in f. und Mühlenbruch, a. a. O. S. 304 f.

15) Vergl. die oben in der Note abgedruckten Sätze der L. 26. §. 12. D. de cond. indeb. (XII, 6.)

erklärt es sich, warum nur die officiales, nicht die fabriles, Gegenstand solcher naturalen Schuld sind, letztere haben ihrem Inhalte nach mit dem Patronatsverhältnisse keinen Zusammenhang und können einen solchen nur bekommen, abgesehen von der etwa darauf gerichteten Intention des Leistenden, durch die impositio domini und die jurata promissio liberti, wogegen bei der impositio operarum officialium der dominus sich zu dem Zweck einer Entschädigung für seinen Vermögensverlust, nur eine Sicherheit verschafft, daß der libertus die aus seiner Stellung sich ergebenden Leistungen auch machen wird; oder mit andern Worten diese natura sich von selbst ergebenden Leistungen werden zum Zweck eines Ersatzes und einer Entschädigung für die manumissio zu einer rechtlichen Schuld gemacht.[16])

Es ist daher auch nicht ganz richtig, wenn man dieses debere auf eine sittliche Verpflichtung des libertus zur Dankbarkeit gegen den Patronus gründen, als ein debere nach objectiv anerkannten Grundsätzen der Moral betrachtet wissen will.[17]) Das Verhältniß des libertus zu dem Patronus ist allerdings eine Art von Pietäts- und Dankbarkeitsverhältniß,[18]) ein Verhältniß, welches nicht allein dem Rechts-, sondern auch dem sittlichen Gebiet angehört, allein nicht die Pietät an sich, die Dankbarkeitspflicht ist hier der Grund für das debere, denn sonst wäre es nicht zu erklären, warum dasselbe sich nicht auch auf die fabriles erstreckte, in deren Praestation sich ja die Dankbarkeit und Pietät eben so äußern könnte, wie in Leistung von operae officiales, während wir, den Grund dieses debere so, wie oben geschehen, fassend, mit Nothwendigkeit zu der Ausschließung der operae fabriles kommen.

---

16) Ob die L. 40. §. 2. D. de cond. ind. (XII, 6.) Si pactus fuerit patronus cum liberto, ne operae ab eo petantur, quidquid postea solutum fuerit a liberto, repeti potest. (Marcian. lib. III. Regul.) von versprochenen oder nur natura geschuldeten operis zu verstehen, ist nicht ersichtlich.

17) Christiansen, a. a. O. S. 91. Erxleben, a. a. O. S. 150.

18) T. D. de obsequiis parentibus et patronis praestandis (XXXVII, 15.)

Man sollte überhaupt mit der Annahme von Pietäts- und Dankbarkeitspflichten etwas strenger sein, als das gewöhnlich geschieht, denn Verpflichtung zu Leistung aus Dankbarkeit ist höchstens in Bezug auf die oben erörterte remuneratorische Schenkung anzunehmen, und eine Verpflichtung aus Pietät ist durchaus nicht überall vorhanden, wo der gute Anstand und die Sitte uns zu einer Praestation auffordern, vielmehr ist eine Pietät in dem Sinne, daß daraus Verpflichtungen abgeleitet werden, eigentlich nur den Kindern gegen die Eltern, und dem Libertus gegen den Patron — und zwar in beiden Fällen nicht auch umgekehrt — aufgelegt. Hier ist aber nicht die Gesinnung der einzelnen Personen, sondern der objective Grund, welcher dieses Pietätsverhältniß bildet, die causa für ein natura debere, weshalb denn in diesen Fällen auch die irrthümlich, also nicht pietatis causa, sondern opinione obligationis gemachte Leistung giltig und unwiderruflich ist, sobald sie nur ihrem Gegenstande nach sich als ein Ausfluß des objectiven Verhältnisses erweist, während in allen übrigen Fällen, in denen hinlängliche sittliche, moralische Gründe zu einer Leistung vorhanden sind, diese dennoch, falls sie falsa opinione obligationis, oder überhaupt in einem andern Sinne als dem, eine moralische Verbindlichkeit, eine Pflicht der Pietät, — dieses Wort im weiteren Sinne gebraucht — zu erfüllen, geschehen ist, die condictio indebiti Platz greift, und von einem natura debere nicht die Rede ist.[19])

Dagegen darf auch nicht angeführt werden, daß in einer Stelle unserer Rechtsquellen die pietatis causa ganz ausdrücklich als Grund für die Ausschließung der repetitio,

---

19) L. 68. §. 1. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1.) L. 2. C. de fideic. (VI, 42). L. 5. §. 15. D. de don. int. V. et U. (XXIV, 1.) Hier soll nur keine donatio angenommen werden, wenn die Zahlung um die letztwillige Verfügung zu erfüllen geschieht; v. Savigny, a. a. O. S. 107; bei einer irrthümlichen Leistung findet die repetitio statt. v. Meyerfeld (S. 349) nimmt hier eine n. o. an. Ebenso auch Christiansen, a. a. O. S. 89, der dieselbe nach seiner Theorie auf den Willen des Erben stellt, unter Berufung auf L. 55. §. 2. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1.)

einer irrthümlich gemachten solutio angeführt ist, die pietas selbst also auch ohne eins der oben genannten Verhältnisse als Grund des debere zu betrachten sei. Die Stelle ist

L. 32. §. 2. D. cond. ind. (XII. 6.) Mulier, si in ea opinione sit, ut credat se pro dote obligatam, quicquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. (Julian. lib. X. Digest.)

Dieser Ausspruch des Julian, aus demselben Buche seiner Digesten, aus welchem auch das Citat in L. 26. §. 12. cit. entnommen, ist von jeher als ein Hauptbeweis für die Erklärung des natura debere als eine Pietätspflicht angesehen, und daraus die Berechtigung abgeleitet, alle Pietätspflichten natura debita zu nennen. So meint auch v. Savigny,[20]) hier wie bei dem debitum des libertus eine naturalis obligatio, wenn auch mit der alleinigen Wirkung des Ausschlusses der soluti repetitio anerkennen zu müssen, denn wenn er auch von diesen Fällen sagt, sie könnten nicht in vollem Maße für n. obll. gelten, sondern böten nur einige Erscheinungen derselben, so bezieht sich diese Restriction gerade nur auf die beschränkte Wirkung, nicht auf den Character dieser Fälle als wirklicher nat. obll. Ebenso erklärt auch Brinz in diesem Falle, wie in dem des libertus,[21]) die n. o. für unzweifelhaft, während Puchta[22]) und Andere dagegen hier nur eine sittliche Verpflichtung annehmen wollen, eine wahre pietatis causa, aus welcher dann sich ohne Annahme einer n. o. die Unsittlichkeit der condictio ergebe; Christiansen[23]) endlich vereinigt nach seiner Theorie beides, er sieht überhaupt in der objectiv anerkannten moralischen Pflicht eine nat. obligatio.

Gegen die Annahme einer nat. obl. spricht aber nicht nur der gewiß zu beachtende Umstand, daß diese Bezeichnung sich

---

20) Obl. R. Bd. I. S. 100 f. — Vergl. auch Weber, a. a. O. S. 49. 98 ff. Hasse, Güterrecht der Ehegatten nach R. R. Band 1. S. 365 ff — v. Meyerfeld, a. a. O. Bd. I. S. 319.

21) A. a. O. S. 25.

22) Institutionen, Band 3. S. 66.

23) A. a. O. S. 92.

nirgends für diesen Fall vorfindet, sondern auch, daß nicht einmal eine naturalis ratio für eine solche Dotationspflicht sich anführen läßt.[24]) Die dos, im rechtlichen Sinne des Worts, wird für die Frau bestellt, gegen diese existirt eine Verpflichtung bestimmter Personen zum Dotiren durch Zahlung oder promissio an den Ehemann, und eine Verpflichtung der Frau sich selbst eine dos zu bestellen,[25]) kann doch selbst nach der naturalis ratio nicht angenommen werden. Wollte man aber auch ganz unbestimmt eine sittliche Pflicht gegen den Mann hier behaupten, so ist dem bereits von v. Savigny entgegengehalten worden, daß eine solche sittliche Pflicht und folgeweise Unsittlichkeit der condictio, nur unter Umständen sich nachweisen lasse, da hier Alles von den individuellen Verhältnissen abhängt. Gegen die Annahme einer obligatio spricht ferner hier wie bei dem debitum liberti, daß die Zahlung ausdrücklich als falsa opinione obligationis gemacht bezeichnet wird, wodurch praesumtiv auch die nat. obl. mit ausgeschlossen ist, und daß ferner auch hier, falls überhaupt eine obligatio vorhanden, kein Grund abzusehen wäre, warum dieselbe dann der Klage entbehrte, denn die Unbestimmtheit des Gegenstandes kann dafür nicht angeführt werden, da dieselbe doch sonst nicht der Annahme einer klagbaren obligatio auf Dotirung entgegensteht. Und eben so wenig ist aus dem Ausschluß der soluti repetitio ein Schluß auf eine obligatio zu machen, denn die condictio ist, wie schon Erxleben[26]) befriedigend ausgeführt hat, ex aequo et bono eingeführt und aufgestellt, um das sine causa bei Jemandem Befindliche zurückzunehmen; auch ohne eine obligatio und ohne ein debitum in irgend einem Sinn kann die condictio ausgeschlossen sein, nicht blos weil die solutio eine ex aequo et bono zu rechtfertigende und von diesem erforderte Gabe war, sondern

---

24) Vergl. Puchta, Pand. §. 317. not. g.

25) Francke (civilist. Abhh. S. 68.) will, um diesem Einwande zu entgehen, unter der mulier die Mutter der Frau verstehen, allein dafür fehlt im Text jeder Anhaltspunkt. — Auch Erxleben, a. a. O. S. 150, hat diese Erklärung angenommen, indessen ohne eine nat. obl. der Mutter zu behaupten.

26) A. a. O. S. 136 ff. und namentlich S. 149 ff.

auch weil die Rückforderung selbst sich als ein Verstoß gegen die aequitas darstellen würde. Oder kann es nicht unter Umständen als eine Iniquität oder Impietät erscheinen, Etwas zu condiciren, zu dessen vorhergegangener Leistung gar kein, auch nicht einmal ein Pietätsgrund vorlag, das vielmehr allein aus irrthümlicher Annahme eine obligatio gegeben ist?

Gewiß, und gerade in dem vorliegenden Fall, in welchem, was wohl zu beachten, die pietatis causa nur für den Ausschluß der repetitio angeführt ist, nicht für die zurückzunehmende Leistung, läßt sich das auf das Überzeugendste darthun. Wenn Jemand an seine nächsten Angehörigen Zuwendungen macht, zu denen er nicht verpflichtet ist, so kann er, falls er irrthümlich, oder aus einem andern Grunde als pietate exigente geleistet hat, condiciren, oder sonst aus der der gemachten Leistung zu Grunde liegenden Absicht klagen;[27] der von dem Leistenden nicht selbst herbeigezogene Pietätsgrund steht, weil es keine irrthümliche Leistung aus Pietät geben kann, der condictio nicht entgegen. Anders und ganz eigenthümlich gestaltet sich aber das Verhältniß bei einer, wie hier, von der Frau selbst ausgegangenen Dotirung. Der Gegenstand, die dos, ist durch die Hingabe an den Mann nicht definitiv aus dem Vermögen der Bestellerinn gekommen, die dos soll vielmehr nur während der Dauer der Ehe ad sustentanda onera matrimonii dienen, und fällt demnächst ipso jure an die Frau oder deren Erben zurück. Die repetitio während der Ehe kann daher nur den Zweck haben, dem Manne für die folgende Zeit des Bestehens der Ehe die Benutzung der dos zu entziehen, und folgeweise sein eigenes Vermögen mit den sonst aus der dos zu deckenden Ausgaben zu belasten. Solch ein Verfahren der Frau muß nun aber, selbst wenn die Bestellung der dos rein aus der irrthümlichen Annahme einer Verpflichtung zu derselben hervorgegangen war, allerdings eine Unbilligkeit, ein dem Verhältniß, wie es unter Ehegatten besteht, widersprechendes, ein impium genannt werden, obgleich man die Unterlassung der Bestellung einer dos nicht ebenso bezeichnen könnte. Es ist ein Anderes, dem

27) So ist, wenn die Leistung animo recipiendi geschehen, die actio neg. gestor. zulässig. L. 11. 15. C. de neg. gest. (II, 19.)

Ehemanne Nichts als dos geben, und ein Anderes eine bereits gegebene dos zurückfordern.[28] Die pietas ist mithin keine causa für die Praestirung der dos, wohl aber eine causa für die Ausschließung der repetitio des vollkommen indebite Gezahlten; das aequum et bonum, welches die Richtschnur bildet für die Zulässigkeit der condictio, verhindert hier die Berufung auf die vollkommen rechtliche Grundlosigkeit der Leistung und macht so die solutio irrevocabel.[29] Übrigens ist der angeführte Fall nur als ein Beispiel zu betrachten, denn da die Entscheidung aus der Natur der condictio indebiti entnommen ist, so wird dieselbe überall da Platz greifen müssen, wo das Verhältniß der Art ist, daß man die repetitio mit der Rücksicht auf das bonum et aequum nicht vereinigen kann.[30] Wo in dieser Richtung die Grenze für die Anwendung der condictio, ist schwer zu sagen, da der Begriff einer solchen Billigkeits- und Pietätsrücksicht einer allgemein giltigen und festen Formulirung sich durchaus entzieht.[31]

---

28) Wir können daher auch nicht v. Savigny's Vermuthung theilen, daß man hier ein natura debere angenommen, um jeden Gedanken an eine donatio abzuschneiden.

29) Vergl. auch Errleben, a. a. O. S. 150.

30) Errleben, a. a. O. S. 151, wo mit Recht die Ansicht Renaud's (Archiv f. die civ. Praxis Bd. 29. S. 439.) verworfen wird, daß nur in denjenigen Fällen dieser Art die soluti repetitio ausgeschlossen sei, „welchen das Gesetz diese Wirkung ausdrücklich oder implicite beigelegt hat.“ Im entgegengesetzten Fall kämen wir zu einer Anwendung der condictio auch da, wo nach der allgemein für diese Klage geltenden Regel ein indebitum nicht anzunehmen wäre.

31) Neben der L. 32. §. 2. cit. wird gemeiniglich noch ein anderer Fall einer nat. obligatio behauptet, nämlich aus L. 46. §. 2. D. de jure dotium (XXIII, 3.): Pater, etiamsi falso existimans se filiae suae debitorem esse, dotem promisisset, obligabitur. (Julian. lib. XVI. Dig.); s. z. B. v. Savigny, a. a. O. S. 100. not. a. a. E. und Brinz, Pand. S. 573. Dagegen aber Hasse, a. a. S. S. 366. — Der pater ist civiliter obligirt, für die filia eine dos zu bestellen, er erfüllt also durch die Bestellung — und eine solche liegt in der promissio — eine civilis obligatio. Daß er dabei sich im Irrthume befindet, der Tochter Schuldner zu sein, ändert Nichts an dem rechtlichen Character der promissio, dieselbe ist trotz des Irrthums im Motiv die Erfüllung der civilen Verpflichtung des Vaters zur Bestellung der

Wenden wir uns aber zu dem nat. debitum des libertus zurück, so ist hier die gleiche, allerdings ebenfalls einzige Rechtswirkung nicht darauf gestützt, daß die repetitio eine Verletzung der Pietät ist, sondern darauf, daß die Leistung selbst als ex causa geschehen zu betrachten ist, ein debitum naturale ist. Aber nicht in dem Sinne, in welchem die obll. naturales genannt werden, sondern in dem Sinne des dem positiven Recht fremden jus naturale ist es ein debitum und daher dann auch im Recht nur so indirect und so beschränkt wirksam. An sich kann nämlich das Recht solche debita nur gerade in dem einen Punkte, durch die Ausschließung der soluti repetitio, zur Geltung bringen, und zwar eben wegen der besonderen Motivirung und darum besonderen Begrenzung der condictio indebiti. Ist die seselbst da zu versagen, wo der Berufung auf das wirkliche indebitum sich Billigkeitsrücksichten entgegenstellen, so muß um so viel mehr die condictio ausgeschlossen sein, wo das objective Sachverhältniß selbst als eine causa für die Leistung vorhanden ist, man also nicht in jedem Sinne den Mangel einer causa behaupten kann.

Zeugniß dafür giebt die schon oben angeführte L. 64. D. de cond. indeb. (XII, 6.), welche darum noch etwas eingehender zu erörtern ist. Sie lautet:

> Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans se aliqua teneri actione, tamen repetere non poterit: quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali jure continetur, et domi-

---

dos. Von einer nat. obl. ist hier keine Spur. — Bei dieser Gelegenheit ist aber noch Eins zu erwähnen. Weil bei Bestellung der dos die promissio der datio rechtlich gleichsteht, so muß der Frau gegenüber, wie sie eine data dos nicht repetiren kann, auch eine von ihr geschehene promissio dotis dermaßen giltig sein, daß aus der promissio dem Manne eine actio zusteht, gegen welche nicht auf die pietatis causa, sondern auf die promissio gestützte Klage die Frau wegen der pietatis causa keine exceptio hat, und ebensowenig, nämlich aus demselben Grunde eine condictio sine causa auf Acceptilation erheben kann. — Bei einem Fremden, für welchen diese pietatis causa nicht existirt, steht es freilich gerade umgekehrt. L. 7. §. 1. D. de exc. doli m. (XLIV, 4.) Dieses zur Ergänzung und theilweise zur Berichtigung des von Hasse, a. a. O. am Ende des §. 103 Gesagten.

natio ex gentium jure introducta est, ita debiti et indebiti ratio naturaliter intelligenda est. (Tryphon. lib. 7. Disput.)[32])

Die Entscheidung, welche der Jurist hier giebt, ist die, daß eine solutio naturalis obligationis — und wir haben keinen Grund hier ein Anderes als eine wirkliche klaglose Obligation anzunehmen — der repetitio nicht ausgesetzt sei, weil eben in der solutio, auch der irrthümlichen, an sich schon die Anerkennung des debiti liege. Dann aber folgt im Anschluß daran, und doch wieder darüber hinausgehend eine allgemeine Bestimmung dessen, was in Bezug auf die condictio debitum und und indebitum sei. Wie die libertas schon im jus naturale enthalten und die servitus erst durch das positive Recht, das jus nicht blos der Römer, sondern auch anderer Völker eingeführt worden, so muß auch debitum und indebitum in Bezug auf die condictio indebiti naturaliter verstanden werden, d. h. nach demselben Grundsatze, nach welchem alle Menschen frei sind, nach welchem es keinen Unterschied zwischen Freien und Sclaven giebt. Dieses jus naturale kann mithin nicht die naturalis ratio im Recht sein, sondern die außerhalb desselben stehende, die demselben entgegengesetzte, und nur die bei der condictio indebiti maßgebende Berücksichtigung des bonum et aequum führt darauf auch etwas aus nichtrechtlicher causa Gegebenes als debitum solutum anzusehen. Daß aber unter diesem jus naturale nur gerade in diesem Sinne eine naturalis ratio, eine objective causa zur Leistung, nicht etwa ein theoretisch ausgebildetes Natur- oder Vernunftrecht zu sehen sei, ergiebt sich schon daraus, daß nach demselben jus naturale, nach welchem alle Menschen frei sind, auch die Verpflichtung des Libertus an den Patron zur Praestirung von operae officiales als debitum anerkannt, und daher die condictio soluti versagt wird zum Schutz eines Verhältnisses, welches nach dem oben ange-

---

32) S. oben S. 45. Daß man die Stelle nicht, wie gemeiniglich (so z. B. noch von Erxleben, a. a. O. S. 136 a. E. und v. Savigny, Obl. R. Bd. 1. S. 36. not. i.) geschieht, als einen Beweis für die Ableitung der nat. obl. aus dem jus gentium ansehn darf, ist dort bereits bemerkt.

führten Grundsatz dem jus naturale im Sinne eines Naturrechts fremd sein würde. Jus naturale ist hier nur die aus der Sache selbst sich ergebende Regel, wie sie ohne positive Rechtsbestimmung sich darstellen würde.

Daß in L. 64. cit. von diesem jus naturale und seiner Berücksichtigung bei der condictio nur hinsichtlich der Personen, nicht hinsichtlich des Rechtsverhältnisses Gebrauch gemacht wird, kann die Bedeutung desselben für den hier zu erörternden Punkt nicht schmälern, denn das allgemein ausgesprochene Princip führt mit Nothwendigkeit zu einer Anwendung auch nach dieser Seite.

§. 11.

Der zweite Fall eines natura debere in dem oben angegebenen Sinn ist das n. debere ex nudo pacto.

Daß ein nudum pactum, durch welches eine vermögensrechtliche Leistung versprochen wird, nach der Ansicht des Römischen Rechts ein naturaliter debere des Versprochenen bewirkt, kann nicht wohl bezweifelt werden, da es von dem pactum usurarium ausdrücklich bezeugt wird, und zugleich ist diesem debere die Rechtswirkung der Ausschließung der soluti repetitio, also die Möglichkeit einer rechtsgiltigen Zahlung beigelegt. [1])

Ebenso bestimmt ist aber auf der anderen Seite das nudum pactum zur Begründung einer naturalis obligatio für untauglich erklärt. — Daß das pactum für sich allein nach Römischem Recht keine causa obligationis ist, sagt ganz allgemein

> L. 7. §. 4. D. de pactis. (II, 14.) Sed cum nulla subest causa propter conventionem, hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. (Ulp. lib. 4. ad Ed.) [2])

Wenn hier ohne Beschränkung die Entstehung einer obligatio aus dem pactum geleugnet wird, wenn ferner die nat. obl. doch auch eine obligatio ist, mit unter den allgemeinen Begriff der Obligation fällt, so ist damit auch die Ableitung einer

---

1) L. 5. §. 2. D. de solut. (XLVI, 3) s. unten.

2) v. Meyerfeld, a. a. O. S. 344.

naturalis obligatio aus dem nudum pactum geleugnet.[3]) Ein solches pactum, zu welchem nicht die stipulatio oder ein dare resp. facere hinzutritt, soll dagegen eine exceptio begründen, und gerade diese Rechtsfolge des pacti hat dann wiederum Veranlassung zu der Behauptung einer naturalis obligatio aus dem pactum gegeben. Allein dieser Ableitung stehen zwei Gründe entgegen, einmal, daß aus dem Vorhandensein einer exceptio nicht mit Sicherheit auf das einer obligatio geschlossen werden kann, und sodann, daß die nat. obl. niemals in Form einer exceptio sich wirksam zeigt, letztere also auch nicht zur Bezeichnung gerade für die nat. obl. benutzt sein kann. Die exceptio kann allerdings die in Form der Vertheidigung geltend gemachte actio sein und daher eben so gut wie actio ein entsprechender Ausdruck für obligatio sein, allein es ist das durchaus nicht die regelmäßige Begründung, und namentlich nicht da, wo sie der obligatio entgegengesetzt ist, denn die exceptio ist die Abwehr, die Zurückweisung eines an sich begründeten Anspruchs, namentlich Forderungsrechts, dessen Geltendmachung indessen dolus

3) v. Savigny, a. a. O. S. 53. not. b. will das nur auf die civ. obl. bezogen wissen, und beruft sich dafür auf L. 45. eod. und L. 28. C. eod., allein in keiner dieser Stellen wird so wie in der im Texte angeführten pactum und obligatio einander entgegengesetzt. — Die im Text gegebene Erklärung haben v. Meyerfeld, a. a. O. S. 344. not. 33. Brinz, a. a. O. S. 19, und Girtanner, die Stipulation und das Verhältniß derselben zum Wesen der Vertragsobligation, insbesondere zum Creditum, Kiel 1859. S. 405. not. 319. Brinz macht noch darauf aufmerksam, daß das ganze Edict wohl nur das pactum de non petendo getroffen habe, wodurch sich dann auch die Stellung des ganzen Titels unter die Generalrubrik de judicio rechtfertige. — S. auch Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte, Band I. S. 302. — Ebenso sagt Girtanner, daß der Satz jedenfalls nur dann seine vollkommene Richtigkeit habe, wenn man das „parit exceptionem" auf derogatorische Pacte, z. B. de non pet. bezieht. — Auch v. Savigny, a. a. O. S. 54. not. d. will die L. 7. §. 4. cit. nur von dem pactum de non petendo verstehen, allein der Zusammenhang der L. cit. mit den vorhergehenden §§. schließt diese Deutung doch wohl aus. — Vergl. auch Gneist, formelle Verträge. S. 173 ff. Dagegen aber wieder die Recension von Schmidt v. Ilmenau in Richters Jahrb. 1847. Band XXI. S. 26 ff.

sein würde; der Grund für diesen dolus kann nun darin liegen, daß der Angegriffene gegen den Fordernden ein Forderungsrecht hat, welches die Durchführung jenes ersten Forderungsrechts verbietet, allein die Gründe, aus denen die Geltendmachung eines Forderungsrechts als dolus erscheint, sind keineswegs an die Voraussetzung solcher Befugniß des Excipienten gebunden, und es kann auch ein constitutives Pactum seinem Inhalt nach die Wirkung haben, die Geltendmachung eines daneben stehenden Forderungsrechts als eine dolose erscheinen zu lassen.[4])

Ferner ist aber die exceptio nicht nur „nicht der genau bezeichnende Ausdruck für die positiven Wirkungen der naturalis. obligatio," wie v. Savigny in der erwähnten Note sagt, sondern es ist überall zu leugnen, daß die nat. obl. jemals in der Form einer exceptio auftritt, denn wo die exceptio der Ausdruck für die obl. ist, ist sie die actio in Form der Vertheidigung und kann daher bei der nat. obl., die der actio entbehrt, nicht vorkommen; wo aber die exceptio Nichts ist als der Ausdruck des in der Geltendmachung der actio liegenden dolus, da ist es eben nicht die vielleicht zufällig vorhandene und zur Begründung der Behauptung des dolus mit dienende nat. obl., die in der exceptio sich wirksam zeigt, denn die exceptio weist hier nur die actio zurück um des dolus willen.

Wir müssen unten noch einmal auf diesen Punkt zurückkommen, hier sollte nur hervorgehoben werden, daß wenn die exceptio eine Wirkung des nudum pactum ist, und diesem die obligatio abgesprochen wird, in der exceptio selbst nicht ein Grund liegt, obligatio hier in der Bedeutung ausschließlich einer klagbaren Obligation zu nehmen, und dadurch für die nat. obl. Raum zu lassen. —

Wenn aber darüber auch die L. 7. §. 4. cit. noch einigen Zweifel übrig lassen sollte, so ist der ausdrückliche Beweis gegen

---

4) Die v. Savigny hier noch angeführte L. 40. D. de R. C. (XII, 1.) kann zur Aufklärung darüber, ob dies pactum eine klaglose obl. begründe, darum nicht benutzt werden, weil hier das pactum, trotzdem daß es neben einem stricti juris negotium steht, doch als pactum adjectum behandelt wird. Vergl. Girtanner, a. a. O. S. 415. not. 325.

Contrahenten zu Stande kommt, und mithin nicht die beabsichtigte Rechtswirkung hat, in seiner unvollkommenen Gestalt sich als ein Anderes herausstellt, als was die Parteien gewollt haben, wie z. B. ein beabsichtigtes mutuum, wenn dem Geber die Befugniß fehlt Eigenthum an den Geldstücken zu übertragen, noch kein Commodat oder irgend ein anderes wirksames Rechtsgeschäft ist;[8]) allein auch in diesem Falle werden die Rechtswirkungen genau danach bemessen, was wirklich unter den Parteien vorgekommen ist. Ferner können die Parteien ihre Consenserklärung und überhaupt ihre Obligirung ausdrücklich von der Beobachtung bestimmter Formen abhängig machen, ausdrücklich nur in dieser Form obligirt sein zu wollen erklären und in solchem Falle erscheint dann ihrem Inhalt nach die Consenserklärung ohne Beobachtung der gedachten Form nicht als eine obligirende, sondern vielmehr als ein für sich allein rechtlich irrelevantes Bruchstück eines Obligirungsactes. In dem vorliegenden Falle steht aber die Sache durchaus anders. Das pactum und die stipulatio sind nicht dem Inhalte nach von einander verschieden, die letztere ist nicht eine gewillkührte Form, die zu dem ersteren hinzutreten soll, und ohne welche die Parteien ihrer Verabredung keine Bedeutung beilegen wollen,

---

8) Hieher gehört auch L. 1. §. 4. D. de pec. constit. (XIII, 5.) Eum, qui inutiliter stipulatus est, cum stipulari voluerit, non constitui sibi, dicendum est de constituta experiri non posse, quoniam non animo constituentis, sed promittentis factum sit. (Ulp. lib. 27. ad Ed.) Der Inhalt eines constituti ist ein anderer als der einer selbständigen promissio, die actio de constituta pecunia fällt dem Gegenstande nach nicht völlig zusammen mit der actio ex stipulatu, darum kann nicht von selbst der promissio ein constitutum substituirt werden. — Dasselbe gilt von L. 1. pr. D. de jure codicill. (XXIX, 7.) Saepissime rescriptum et constitutum est, eum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. Ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur. (Ulp. lib. 4. Disput.) Bei dem Testament geht der Wille des Disponenten auf Ernennung eines Universalsuccessors, bei dem Codicille nur auf Einzelverfügungen. Letztere kommen auch im Testamente vor, aber sie erhalten einen anderen Character, sobald sie als auf Intestatcodicill ruhend angesehen werden müssen.

sondern die stipulatio ist eben nur das pactum in demjenigen Ausdruck, in welchem allein dasselbe als ein rechtsverbindliches erscheint. 9) Wenn die Parteien die Stipulationsform nicht richtig anwenden, so haben sie doch immer das auch in der rechtsgiltigen Stipulation enthaltene pactum abgeschlossen, und wenn dieses denn auch rechtlich als nudum pactum angesehen wird, so wird damit den Parteien nicht Etwas imputirt, was sie nicht beabsichtigt haben, sondern es wird damit nur erklärt, daß ihrem pactum wegen des formellen Mangels die vom Recht an die Beobachtung dieser Form geknüpfte rechtliche Folge, nämlich die obligirende Kraft, der Character einer causa obligationis nicht beigelegt werden kann. Man kann auch nicht sagen, daß die Contrahenten einer Stipulation durch ihre Handlung die Absicht ausdrückten, nur durch eine verborum obligatio verhaftet zu sein, vielmehr ist ihre Absicht überhaupt nur, ein bindendes Versprechen hervorzurufen, denn die Stipulation ist, wie gesagt, nicht eine erst durch die Beredung der Parteien hinzutretende Form, sondern die absolute vom Recht selbst dem pactum gegebene. Und endlich, wer sagt denn, daß der Adnuent die Absicht gehabt habe sich verbis zu obligiren, und das nur irrthümlich durch adnuere habe bewirken zu können gemeint? Ist es nicht auch möglich, daß der Befragte, gerade um der actio ex stipulatu zu entgehen, bloß genickt und damit seinen Consens erklärt hat? In solchem Falle müßte doch gewiß der Vertrag als ein nudum pactum angesehen werden, denn in der Meinung des

9) Nach demselben Gesichtspunkt, nämlich ob überhaupt ein pactum gerade des bestimmten Inhalts in dem formellen Rechtsact enthalten, ist die Entscheidung gegeben in L. 8. pr. D. de acceptil. (XLVI, 4.) An utilis acceptilatio utile habeat pactum, quaeritur? Et nisi in hoc quoque contra sensum est, habet pactum. Dicet aliquis: potest ergo non esse consensus: cur non possit? Fingamus, eum, qui accepto ferebat, scientem prudentemque, nullius esse momenti acceptilationem, sic accepto tulisse: quis dubitat non esse pactum, cum consensum paciscendi non habuerit. (Ulp. lib. 48. ad Sab.); vergl. auch L. 27. §. 9. D. de pact. (II. 14.) Auch die Entscheidung in L. 9. D. de sponsalib. (XXIII, 1) ist damit gerechtfertigt, daß die Parteien trotz der Nichtigkeit des Geschäfts noch fortwährend dasselbe als Consenserklärung ansehen.

Stipulanten, durch das adnuere des Promittenten eine actio ex stipulatu zu erwerben, liegt doch sicherlich eine Annahme des Versprechens, auch wenn die actio nicht sollte begründet sein.[10])

Müssen wir also gegen v. Savigny die L. 1. cit. wieder als einen Beweis gegen die Ableitung einer nat. obl. ex nudo pacto hinstellen, so müssen wir auf der andern Seite mit v. Savigny[11]) den aus der Theorie des Röm. Rechts von den Innominatcontracten für denselben Punkt entnommenen Beweis für verfehlt erklären. Die Argumentation, aus welcher die Untauglichkeit des nudum pactum zur Begründung einer nat. obl. sich ergeben soll, ist im Wesentlichen diese:[12]) Bei formlosen Verabredungen auf Leistung und Gegenleistung — do ut des u. s. w. — ist die erste Leistung ein datum, wie z. B. auch daraus erhellt, daß unter Umständen diese Leistung mit einer condictio causa data causa non secuta zurückgefordert werden kann; ist nun dieses datum in Folge der getroffenen Verabredung, also des pacti geschehen und doch im Recht als ein datum aufgefaßt, so liegt darin der Beweis, daß das pactum nicht causa nat. obligationis ist, denn wäre das der Fall, so müßte die erste Leistung ein solutum genannt werden, da das ex nat. obligatione Geleistete ausnahmslos als ein solutum deb. gilt. v. Savigny selbst nennt das nicht ohne Schein, verweist aber dagegen auf eine zusammenhängende Darstellung

10) Wenn Unterholzner, a. a. O. Bd. I. §. 23. gegen die n. o. ex nudo pacto anführt, daß wenn einmal eine positive Form der Verträge eingeführt sei, es für jeden Fall, wo die Parteien mit Unterlassung der Form einen Vertrag schließen, zweifelhaft sei, ob sie die ernstliche Absicht gehabt haben, sich zu binden, und dieser Zweifel an der Ernstlichkeit auch nicht einmal eine n. o. zulasse, so ist dagegen von v. Savigny, a. a. O. mit Recht eingewandt, daß das auf Fälle, wo die Beobachtung der Form irgendwie unmöglich war, oder wissentlich unterlassen ist, nicht paßt. Sodann kann Unterholzners Erwägung überhaupt Nichts beweisen, da es eben fraglich ist, ob wirklich die Römer der betreffenden Formvorschrift den behaupteten Character beigelegt haben.

11) Obl. R. Bd. I. S. 58 f.

12) Vergl. Gneist, a. a. O. S. 169. Girtanner, a. a. O. S. 404. und im Allgemeinen über datio ob rem das Werk von Erxleben, die condictiones sine causa. Zweite Abtheilung: die condictio causa data causa non secuta.

der Lehre von den Innominatcontracten. Wie danach die Widerlegung zu beschaffen sei, ist nicht ausgeführt, das aber, was außerdem gesagt worden, scheint die gegnerische Argumentation nicht richtig zu treffen. v. Savigny[13]) faßt die Sache so, als ob in der Möglichkeit der Rücknahme des Geleisteten der Beweis für der Nichtexistenz einer nat. obl. gesehen werde, und polemisirt dann gegen die ungehörige Heranziehung der condictio indebiti und des solutum non repetere in dieses durchaus andersartige Verhältniß. Das Hauptgewicht der Argumentation wird aber darauf gelegt, daß hier kein solutum, sondern ein datum vorliege, also eben auf dasselbe was v. Savigny hervorhebt, daß nämlich die erste Leistung nicht solvendi, sondern obligandi causa geschehe, denn damit kann nicht bezeichnet sein, daß es allein auf die Absicht des Leistenden ankomme, ob Etwas solutum oder datum sei, und so scheint v. Savigny selbst dahin kommen zu müssen, die nat. obl. ex pacto zu leugnen. Wenn wir aber dennoch mit v. Savigny diesen Beweis zurückweisen, so geschieht das, weil er zu viel erbringt. Es würde nämlich auch damit das ausdrücklich bezeugte naturaliter debere ex pacto, welches nicht auf einer causa obligatoria beruht, geleugnet. Wir müssen aber wohl unterscheiden zwischen einem nudum pactum, durch welches der Eine der Contrahenten dem Andern eine Leistung verspricht, und demjenigen pactum, durch welches zwei Parteien einander, Jeder dem Andern, eine Leistung zusagen, und zwar in der Weise, daß die eine Leistung den Character der Gegenleistung für die andere haben soll. In beiden Fällen ist das pactum — abgesehen von der mangelnden Rechtswirkung — die materielle causa für die solutio, d. h. Praestirung des in der Verabredung Enthaltenen; das ist im ersten, einfachen pactum die eine Leistung, im zweiten, dem Doppel-Pactum, die zweifache Leistung. Man darf nicht die solutio aus dem einfachen pactum mit der ersten Leistung aus dem Doppelpactum auf eine Linie stellen; was bei jenem die eine Leistung, ist bei diesem die zweifache, die Leistung und Gegenleistung. Die erste Leistung erscheint nicht, wie die Leistung aus dem einfachen pactum als Erfüllung desselben, denn wollte man

13) A. a. O.

Stipulanten, durch das adnuere des Promittenten eine actio ex stipulatu zu erwerben, liegt doch sicherlich eine Annahme des Versprechens, auch wenn die actio nicht sollte begründet sein.[10])

Müssen wir also gegen v. Savigny die L. 1. cit. wieder als einen Beweis gegen die Ableitung einer nat. obl. ex nudo pacto hinstellen, so müssen wir auf der andern Seite mit v. Savigny[11]) den aus der Theorie des Röm. Rechts von den Innominatcontracten für denselben Punkt entnommenen Beweis für verfehlt erklären. Die Argumentation, aus welcher die Untauglichkeit des nudum pactum zur Begründung einer nat. obl. sich ergeben soll, ist im Wesentlichen diese:[12]) Bei formlosen Verabredungen auf Leistung und Gegenleistung — do ut des u. s. w. — ist die erste Leistung ein datum, wie z. B. auch daraus erhellt, daß unter Umständen diese Leistung mit einer condictio causa data causa non secuta zurückgefordert werden kann; ist nun dieses datum in Folge der getroffenen Verabredung, also des pacti geschehen und doch im Recht als ein datum aufgefaßt, so liegt darin der Beweis, daß das pactum nicht causa nat. obligationis ist, denn wäre das der Fall, so müßte die erste Leistung ein solutum genannt werden, da das ex nat. obligatione Geleistete ausnahmslos als ein solutum deb. gilt. v. Savigny selbst nennt das nicht ohne Schein, verweist aber dagegen auf eine zusammenhängende Darstellung

---

10) Wenn Unterholzner, a. a. O. Bd. I. §. 23. gegen die n. o. ex nudo pacto anführt, daß wenn einmal eine positive Form der Verträge eingeführt sei, es für jeden Fall, wo die Parteien mit Unterlassung der Form einen Vertrag schließen, zweifelhaft sei, ob sie die ernstliche Absicht gehabt haben, sich zu binden, und dieser Zweifel an der Ernstlichkeit auch nicht einmal eine n. o. zulasse, so ist dagegen von v. Savigny, a. a. O. mit Recht eingewandt, daß das auf Fälle, wo die Beobachtung der Form irgendwie unmöglich war, oder wissentlich unterlassen ist, nicht paßt. Sodann kann Unterholzners Erwägung überhaupt Nichts beweisen, da es eben fraglich ist, ob wirklich die Römer der betreffenden Formvorschrift den behaupteten Character beigelegt haben.

11) Obl. R. Bd. I. S. 58 f.

12) Vergl. Gneist, a. a. O. S. 169. Girtanner, a. a. O. S. 404. und im Allgemeinen über datio ob rem das Werk von Erxleben, die condictiones sine causa. Zweite Abtheilung: die condictio causa data causa non secuta.

der Lehre von den Innominatcontracten. Wie danach die Widerlegung zu beschaffen sei, ist nicht ausgeführt, das aber, was außerdem gesagt worden, scheint die gegnerische Argumentation nicht richtig zu treffen. v. Savigny[13]) faßt die Sache so, als ob in der Möglichkeit der Rücknahme des Geleisteten der Beweis für der Nichtexistenz einer nat. obl. gesehen werde, und polemisirt dann gegen die ungehörige Heranziehung der condictio indebiti und des solutum non repetere in dieses durchaus andersartige Verhältniß. Das Hauptgewicht der Argumentation wird aber darauf gelegt, daß hier kein solutum, sondern ein datum vorliege, also eben auf dasselbe was v. Savigny hervorhebt, daß nämlich die erste Leistung nicht solvendi, sondern obligandi causa geschehe, denn damit kann nicht bezeichnet sein, daß es allein auf die Absicht des Leistenden ankomme, ob Etwas solutum oder datum sei, und so scheint v. Savigny selbst dahin kommen zu müssen, die nat. obl. ex pacto zu leugnen. Wenn wir aber dennoch mit v. Savigny diesen Beweis zurückweisen, so geschieht das, weil er zu viel erbringt. Es würde nämlich auch damit das ausdrücklich bezeugte naturaliter debere ex pacto, welches nicht auf einer causa obligatoria beruht, geleugnet. Wir müssen aber wohl unterscheiden zwischen einem nudum pactum, durch welches der Eine der Contrahenten dem Andern eine Leistung verspricht, und demjenigen pactum, durch welches zwei Parteien einander, Jeder dem Andern, eine Leistung zusagen, und zwar in der Weise, daß die eine Leistung den Character der Gegenleistung für die andere haben soll. In beiden Fällen ist das pactum — abgesehen von der mangelnden Rechtswirkung — die materielle causa für die solutio, d. h. Praestirung des in der Verabredung Enthaltenen; das ist im ersten, einfachen pactum die eine Leistung, im zweiten, dem Doppel-Pactum, die zweifache Leistung. Man darf nicht die solutio aus dem einfachen pactum mit der ersten Leistung aus dem Doppelpactum auf eine Linie stellen; was bei jenem die eine Leistung, ist bei diesem die zweifache, die Leistung und Gegenleistung. Die erste Leistung erscheint nicht, wie die Leistung aus dem einfachen pactum als Erfüllung desselben, denn wollte man

13) A. a. O.

hier sagen, daß die Leistung, wenn auch die Absicht, die Gegenleistung herbeizuführen, nicht realisirt würde, sich doch jedenfalls als Erfüllung des eigenen Versprechens herausstellte, so würde man dadurch der Leistung einen durchaus anderen Character beilegen, als sie offensichtlich hat.

Eine Analogie für solche Zerreißung des Pactum auf Leistung und Gegenleistung in zwei Pacta scheint die rechtliche Behandlung der Consensualcontracte, namentlich des Kaufcontracts zu geben. Aber wenn hier der Vertrag in zwei von einander unabhängige selbständige Obligationen zerlegt ist, so rechtfertigt sich das dadurch, daß Jedem der Contrahenten in demselben Moment, in welchem für ihn ein debitum entsteht, auch zugleich eine actio erworben wird, und soweit trotzdem ein einseitiges Hervorheben einer Seite des Vertrags zu einem den Absichten der Parteien beim Contractsschluß widersprechenden Resultate führen könnte, ist durch die exceptio non impleti contractus der Zusammenhang der beiden Theile des Geschäfts gewahrt. Bei dem pactum auf Leistung und Gegenleistung liegt aber die Gewähr für den zuerst Leistenden nicht in einem Forderungsrecht auf die Gegenleistung, sondern nur in dieser selbst, sie kann mithin von dieser ohne ihren Character zu ändern nicht abgelöst, nicht als solutio angesehen werden, ehe die Gegenleistung wirklich erfolgt ist. 14)

14) Diese Begründung spricht auch aus: L. 21. C. de pactis (II, 3.) Quod si adversarius tuus teneat, ex hoc placito nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea, quae placita sunt, adimplere paratus sit. (Impp. Diocl. et Maxim); s. auch v. d. Pfordten, Abhh. S. 268. — Schmidt v. Ilmenau, a. a. O. S. 30 will die n. o. aufrecht erhalten, und mit der Theorie von den Innominatcontracten dadurch vereinigen, daß er annimmt, in solchem Falle werde die exceptio pacti (er will die Condiction nicht ipso jure für unbegründet halten) durch replica doli beseitigt. Wie wenig aber diese Annahme mit der gedachten Theorie in Einklang steht, erwähnt er selbst, indem er hervorhebt, daß mit der Anerkennung der actio praescriptis verbis diese replica eigentlich hätte versagt werden müssen. Wenn das geschehen, so schließt er, so würde auf diesem Wege die nunmehr zweckwidrige cond. c. d. c. n. sec. beseitigt worden sein. — Das ist aber eben nicht geschehen.

Ruht nun aber der Beweis gegen die nat. obl. ex nudo pacto wesentlich auf der Gleichstellung der obligandi causa geschehenden ersten Leistung bei dem pactum auf Leistung und Gegenleistung mit der Erfüllung des einfachen pacti, so kann der Umstand, daß jene Leistung ein datum ist, für den Character der Erfüllung des einfachen pacti nicht maßgebend sein, namentlich nicht den Beweis erbringen, daß die Erfüllung des pacti überhaupt nicht für eine solutio gelte, und es mithin an dem wesentlichen Merkmale der nat. obl. fehle.[15])

Im Gegensatz zu diesen Beweisen, daß das nudum pactum keine n. o. hervorbringe, meint man nun aber verschiedene Gründe beibringen zu können, welche mit Nothwendigkeit zu der Annahme einer solchen Obligation führen. Den Hauptbeweis für die nat. obl. ex nudo pacto hat man von jeher in der L. 84. §. 1. D. de R. J. (L, 17) finden wollen. Hier ist, sagte man das natura debere und zwar aus einem obligatorischen Grunde, also die naturalis obligatio, als ein juris gentium debere erklärt, und letzteres wieder überall angenommen, wo ein fidem sequi stattfindet. Dieses fidem sequi paßt aber gerade vorzugsweise auf das nudum pactum, wo „die Parteien sich dem formlosen Vertrage anvertrauen, ohne die höhere Sicherheit der Stipulation hinzuzufügen;“[16]) allein daß diese Pandektenstelle diese

15) Ebenso wenig können wir der allgemeinen Deduction Girtanners, (a. a. O. S. 407) aus dem Wesen der Obligation beweisende Kraft gegen die Annahme einer nat. obl. ex nudo pacto beilegen, da wir dem in dem genannten Werke aufgestellten Grundsatz über die Bedeutung der Willenserklärung im Röm. Obligationenrecht nicht beizutreten vermögen. Wegen der Bedenken gegen Girtanner's Aufstellungen, welche an diesem Orte nicht ausgeführt werden können, verweisen wir auf Windscheid's Recension in der Münchener kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 1. Hft. 3. S. 427. — Auch Liebe's Begründung der richtigen Ansicht können wir nicht annehmen, da seine Behauptung, im nudum pactum sei ein Versprechen, das jeder causa entbehre, unrichtig ist. Ueberhaupt dürfen wir, da uns der rechtspolitische Grund für die Nothwendigkeit der stipulatio nicht klar angegeben ist, nicht aus einem solchen argumentiren, um Einzelheiten zu erklären, sondern müssen vielmehr umgekehrt verfahren. Darum haben wir uns denn auch nicht auf Gneist, a. a. O. berufen mögen.

16) v. Savigny, a. a. O. S. 54. not. d.

weite Bedeutung nicht hat, vielmehr gerade wegen des erwähnten fidem sequi auf eine bestimmte, und zwar klagbare Obligation zu beziehen ist, wurde schon oben nachgewiesen.[17]

Indessen auch abgesehen von der L. 84. cit. meint man aus allgemeinen Gründen diese Rechtswirkung des nudum pactum deduciren zu können; die Natur des jus gentium ergebe hier die nat. obl. „Denn der freie Wille des Schuldners, sich zu verpflichten, ist augenscheinlich vorhanden, und die fehlende Form der Stipulation, an sich willkührlich und auf blos nationaler Sitte beruhend, ist dem jus gentium völlig unbekannt.“[18] Diese Argumentation kann aber als beweisend nur dann angesehen werden, wenn es sonst schon feststeht, daß die natt. obll. Obligationen ex jure gentium und zwar in dem Sinne, daß überall, wo das dem positiven Recht entgegengesetzte jus gentium zur Annahme einer Obligation führt, auch rechtlich eine naturalis obligatio vorhanden sei. Es ist aber bereits hervorgehoben, daß es für diese Begründung der Naturalobligationen durchaus an Zeugnissen im Röm. Recht fehlt, sobald man die L. 84. §. 1. cit. auf ihren wirklichen Umfang und die dadurch bedingte Bedeutung zurückgeführt hat.

Ebenso wenig beweist der zu diesem Zwecke angeführte Ausspruch der

> L. 1. pr. D. de pactis (II, 14). Hujus Edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare. (Ulp. lib. 4 ad Ed.)

„Deutlicher,“ sagt v. Savigny, „kann man nicht sagen,[19] daß das jus gentium dem formlosen Vertrag verbindliche Kraft beilege,“ allein auch abgesehen von dem, was schon Brinz[20] sehr richtig über diese etwas volle Redensart des Ulpian bemerkt hat, ist da gar nicht von dem jus gentium, sondern nur von der aequitas naturalis des Edicts über die pacta die

---

17) S. oben S. 75 ff. — Girtanner, a. a. O. S. 406. not. 320.

18) v. Savigny, a. a. O. S. 53.

19) A. a. O. S. 54. not. d. — S. auch Schmidt v. Ilmenau, a. a. O. S. 28.

20) A. a. O. S. 17.

Rede, und davon, daß es der fides humana entsprechend sei, geschlossene pacta zu halten. Eine Beziehung auf eine nat. obl. liegt in der Stelle selbst nicht, ist vielmehr nur hineingetragen, durch die allgemeine Theorie von der Entstehung dieser Obligationen und durch Bezugnahme auf die L. 84. §. 1. cit. Müssen wir diese Bezugnahme zurückweisen, so haben wir hier nur eine Hinweisung darauf, daß der Inhalt des Edicts der naturalis aequitas entspricht, womit eben Nichts gesagt ist, als daß die Zulassung einer exceptio pacti oder auch die Aufstellung des allgemeineren Satzes: „pacta servabo" aus Motiven der Billigkeit sich rechtfertigen lasse. Damit ist aber über die rechtliche Natur dieses Schutzes der pacta noch nichts Besonderes, namentlich noch nicht die obligatorische Bedeutung des pacti ausgesagt, sondern nur die Abweisung und Nichtzulassung von Rechtsansprüchen versprochen, welche, falls man die rechtliche Bedeutungslosigkeit der pacta unbedingt aufrecht erhalten wollte, als begründet angesehen werden müßten.[21]) Ist das pactum ein pactum de non petendo, so bethätigt sich dieses servare in der Gewährung einer exceptio und der Zurückweisung der an sich begründeten actio; ist das pactum dagegen ein selbständiges,[22]) constitutives, so kann das servare sich nur zeigen in der Aufrechterhaltung der freiwillig gemachten Erfüllung des pacti, und zwar durch Denegation derjenigen Klagen, welche den Zweck haben, Leistungen, die ohne rechtliche causa gemacht sind, zurückzunehmen. Durch die Ausschließung der condictio indebiti, oder auch unter Umständen einer der anderen condictiones sine causa ist aber noch nicht die Annahme einer obligatio gerechtfertigt. Eine weitere Rechtswirkung als die Unwi-

---

21) Könnten wir in der L. 1. cit. statt des etwas auffälligen: inter eos lesen: inter reos, wie C. v. Bynkershoek, obss. lib. VIII. cap. IX. unter Hinweisung auf L. 5. pr. D. de V. O. (XLV, 1) vorschlägt, so wäre dieselbe nur von pactis de non petendo, zu verstehen. Den Bynkershoekschen Vorschlag hat neuerdings wieder aufgenommen v. Völderndorff-Waradein (zur Lehre vom Erlaß, München 1850. S. 19.)

22) Pacta adjecta kommen hier nicht in Betracht, weil sie rechtlich nur als Theile des Contracts gelten, welchem sie beigefügt sind; — s. Girtanner, a. a. O. S. 411 f.

verruflichkeit der freiwillig gemachten solutio läßt sich aber als Folge des nudum pactum nicht nachweisen.

Außerdem beruft sich v. Savigny für seine Behauptung auch noch auf L. 95. §. 4. D. de solut. (XLVI, 3.)[23])

Hier soll in der Bezeichnung: vinculum aequitatis eine Hinweisung auf das jus gentium, also auf die naturalis obligatio enthalten sein, allein die in der Stelle erwähnte obligatio ist gar nicht als eine ex nudo pacto entstandene bezeichnet, sondern ist wahrscheinlich eine Darlehnsobligation, und jedenfalls fehlt es für uns an einem Grunde, die obligatio ihrer Entstehung nach unter irgend welche von den regelmäßigen abweichende Voraussetzungen zu stellen.[24]) Die Bezeichnung der obligatio als ein vinculum aequitatis, woraus v. Savigny, vielleicht im Zusammenhalt mit der oben erwähnten L. 1. pr. h. t. dies nudum pactum scheint entnehmen zu wollen, kann zu diesem Zwecke nicht angeführt werden, da eine jede naturalis obligatio, weil sie des rechtlichen Zwangs entbehrt, ein vinculum aequitatis genannt werden kann, und da die ipso jure Tilgung durch das justum pactum ebenfalls von jeder nat. obligatio gesagt werden muß. Denn ein seinem Inhalte nach die Aufhebung einer bestehenden obligatio bezweckendes pactum — und von diesem allein ist hier die Rede — welches bei der klagbaren obligatio als pactum de non petendo erscheint und regelmäßig in Form einer exceptio gegen die trotz des pacti noch rechtsbegründete actio auftritt, muß bei der klaglosen obligatio als ein Aufgeben der bis dahin bestehenden Schuld angesehen werden, und kann, da wegen dieser Schuld eine actio überhaupt nicht begründet war, niemals in Form einer exceptio wirksam werden, vielmehr ist die conventionis aequitas ein völlig dem vinculum aequitatis adäquater und darum dasselbe ipso jure aufhebender Act. Aber damit ist noch nicht gesagt, daß der Grund, auf welchem dieses vinculum aequitatis ruht, eine conventio, ein nudum pactum ist.

---

23) S. oben S. 54. Anm. 21.

24) S. Brinz, a.a.O. S. 17. und Girtanner, in der oben angeführten Note.

Holtius[25]) hat sogar umgekehrt in der L. cit. und dem in derselben enthaltenen Satze, daß die n. o. durch pactum ipso jure aufgehoben wird, einen besonders schlagenden Beweis gegen die Begründung einer n. o. durch nudum pactum finden wollen. Im entgegengesetzten Falle müßte nämlich ein pactum durch ein anderes gegen dasselbe gerichtetes pactum ebenfalls ipso jure aufgehoben werden, das sei nun aber entschieden nicht der Fall, denn es heiße in

> L. 27. §. 2. D. de pactis (II, 14.) Pactus ne peteret postea convenit ut peteret; prius pactum per posterius elidetur: non quidem ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est; quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, et ideo replicatione exceptio elidetur. (Paul. lib. 3. ad Ed.)

Allein hier ist nicht von einem selbständigen constitutiven pactum und einem zweiten jenes aufhebenden die Rede, sondern von einem pactum de non petendo und einem darauf folgenden pactum de petendo. Die actio, auf welche sich beide pacta beziehen, ist weder durch das erste aufgehoben noch durch das zweite von neuem begründet.[26]) Aus dem ersten pactum hat aber der Schuldner eine exceptio gegen die actio des Gläubigers, und da durch das pactum: ut peteret nicht eine neue actio begründet wird, so müssen erst beide facta gegen einander geltend gemacht werden, um die fortdauernde Giltigkeit der Forderung zu begründen.[27]) Darum genügt es denn nicht in dem vorliegendem Falle der exc. des Schuldners eine einfache Negation entgegenzusetzen, denn trotz des zweiten pactum bleibt das Factum des ersten pacti nichts desto weniger bestehen. Es

---

25) A. a. O. S. 8 f.

26) Anders ist es bei bon. fid. Obligationen, welche durch bloße Consenserklärung geschlossen werden. Von diesen heißt es im weiteren Verlauf des §. 2. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti emti; non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum.

27) Gai. IV. §. 126.

bedarf also einer replicatio.[28]) Daß bei zwei Stipulationen umgekehrt, si hoc actum est, die zweite die erste ipso jure aufhebt, erklärt sich daraus, daß hier jus continetur, daß die Stipulation nur in einer Rechtsbehauptung geltend gemacht werden kann, und wie eine formelle Begründung, so auch eine formelle Aufhebung einer obligatio der gleichen Art ist.

Daß aber ein selbständiges constitutives pactum nicht durch ein pactum entgegengesetzten Inhalts ipso jure aufgehoben werde, ist damit nicht dargethan, muß im Gegentheil trotzdem behauptet werden, insofern als wenn in der Folge irrthümlich das Versprochene gezahlt wäre, ipso jure die condictio indebiti begründet sein würde. Dabei kann zugestanden werden, daß diese Wirkung des einen pacti auf das andere wohl nirgends als eine ipso jure Wirkung des pacti bezeichnet ist, aber was Holtius mit der L. 27. cit. beweisen will ist aus derselben jedenfalls nicht zu entnehmen.[29])

Ferner hat man sich für die nat. obl. aus dem nudum pactum auch noch berufen auf Paulus rec. sentent. Lib. I, Tit. 1:[30])

> De his rebus pacisci possumus, de quibus transigere licet: ex his enim pacti obligatio solummodo nascitur.

In dieser, wenn auch einzigen Stelle, ist ausdrücklich eine pacti obligatio genannt, ohne daß indessen irgend eine Rechtswirkung dieser obligatio angegeben ist; sollen wir also nicht einen directen Widerspruch des Paulus mit den sämmt-

---

28) Vergl. auch Paul. rec. sent. I, 1. — Omne pactum posteriore dissolvitur, licet pariat exceptionem. Das heißt, wenn auch das pactum de non petendo eine exceptio erzeugt, und diese exc. trotz des ferneren pacti de non petendo fortbesteht, so wird jenes pactum doch durch dieses aufgehoben, weil dieses letztere nämlich eine replicatio gegen die exc. gewährt. Es ist daher nicht nöthig mit Holtius, a. a. O. S. 13. einen Widerspruch des Paulus mit L. 27. cit. anzunehmen.

29) Auch Girtanner, a. a. O. S. 405. not. 319. will auf dieses Argument Holtius' kein Gewicht legen.

30) v. d. Pfordten, in der Diss.: de obl. civ. in nat. transitu, p. 11. not. z.

lichen oben gegen die nat. obl. ex pacto angeführten Gründen annehmen, so bleibt nur zweierlei zur Erklärung dieser Stelle übrig: entweder ist hier obligatio nicht im eigentlichen, technischen, rechtlichen Sinn genommen, oder der Text, wie er uns vorliegt, ist corrumpirt.

Für Beides läßt sich Etwas anführen. Wir haben schon einmal ein obligare in durchaus unjuristischem Sinn gefunden, ein Gleiches wäre auch für obligatio möglich und im vorliegenden Fall ebenso motivirt, wie dort der Gebrauch von: obligare, nämlich um anzudeuten, daß die in Folge eines pacti gemachte Leistung als eine solutio angesehen würde, insofern, als der condictio indebiti gegenüber dieses solutum nicht als indebite solutum erschiene. Wahrscheinlicher aber noch ist eine Corruption der Stelle, denn wie sie da steht, hat sie kaum einen klaren Sinn, wenigstens ist mit dem:" enim durchaus nichts erklärt; die Gleichstellung mit der Transaction läßt ferner vermuthen, daß hier nur von einem pactum de non petendo die Rede ist, dann aber wäre der Ausdruck obligatio noch unerklärlicher. Schon Siphanius will deshalb statt p. obligatio p. exceptio gelesen wissen, und auch Schulting, obgleich er eine obligatio ex nudo pacto annimmt, meint, daß wir hier nicht die ächten Worte des Paulus vor uns haben, sondern daß: forte hic nonnihil immutavit Anianus.[31]) In Paulus Sententiae aber unter solchen Umständen zu der sonst bedenklichen Annahme einer Corruption zu schreiten, dürfte wohl nicht für zu kühn und willkührlich gehalten werden.

So bleibt dann von allen für die n. o. ex nudo pacto angeführten Gründen nur das naturaliter debere ex nudo pacto in L. 5. §. 2. D. de solut. (XLVI, 3), von diesem aber läßt sich nachweisen, daß es nicht sowohl eine wirkliche nat. obligatio, sondern nur ein nat. debere in dem Sinne und mit der Wirkung bedeutet, wie für den libertus ein natura debere zu operae officiales besteht.

Die Stelle, welche dieses naturaliter debere aussagt, lautet:

Imperator Antoninus cum Divo patre suo rescripsit:

---

31) S. Schulting, in der Jurisprudentia Vetus ad h. l. — Vergl. auch Bring, a. a. O. S. 23. not. 24.

cum distractis pignoribus creditor pecuniam redigit, si sint usurae debitae et aliae indebitae: quod solvitur in usuras, ad utramque causam usurarum, tam debitarum, quam indebitarum pertinere puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur. Si vero summa usurarum debitarum et non debitarum non eadem sit, aequaliter ad utramque causam proficit, quod solutum est, non pro rata, ut verba rescripti ostendunt. Sed si forte usurae non sint debitae et quis simpliciter solverit, quas omnino non erat stipulatus, Imperator Antoninus cum Divo patre suo rescripsit, ut in sortem cedant. Eidem autem rescripto ita subjicitur: Quod generaliter constitutum est, prius in usuras nummum solutum accepto ferendum, ad eas usuras videtur pertinere, quas debitor exsolvere cogitur: et sicut ex pacti conventione datae repeti non possunt, ita proprio titulo numeratae pro solutis ex arbitrio percipientis non habebuntur. (Ulp. lib. 43. ad Sab.)[32]

Bei unzureichender Zahlung in Bezug auf das geschuldete Capital und die Zinsen ist zu unterscheiden:

1. Sind für eine Capitalschuld Zinsen stipulirt und daneben andere Zinsen durch nudum pactum versprochen, vielleicht zu dem Zweck, die ursprünglich geringer festgesetzten Zinsen zu erhöhen. Es sind ferner Pfänder und zwar für Capital und Zinsen bestellt. Macht hier der Gläubiger sich selbst bezahlt,[33] und zwar auch wegen der Zinsen, durch Verkauf der für diese haftenden pignora, so soll das auf diese Weise für die usurae Aufkommende auf beide Arten von Zinsen angerechnet werden, und zwar zu gleichen Theilen, auch wenn die Summe der aufgelaufenen stipulirten und pactirten Zinsen eine ungleiche ist.

2. Es sind überall keine Zinsen versprochen,[34] nämlich

---

32) Vergl. v. Buchholtz, Juristische Abhandlungen, S. 349.

33) Das: „quod solvitur in usuras“ ist doch wohl nur so zu verstehen, obgleich der Wortlaut nicht recht dazu zu passen scheint.

34) Man könnte zweifeln, ob hier unter usurae non debitae pactirte Zinsen, oder das Nichtvorhandensein überhaupt irgend eines Zinsver=

durch Stipulation, wohl aber durch nudum pactum. Wenn hier zum Theil gezahlt wird und zwar ohne specielle Bezeichnung und Bestimmung der Zahlung, so ist das Gezahlte auf das Capital abzurechnen. Denn die Regel, daß eine Theilzahlung erst auf die Zinsen und dann auf das Capital abzurechnen sei, gilt nur für stipulirte Zinsen, zu deren Zahlung der debitor rechtlich gezwungen werden kann, und wenn auch Zinsen, welche nudo pacto versprochen und unter Bezugnahme auf dieses pactum gezahlt sind, nicht zurückgefordert werden können, so kann doch die ohne Zusatz gemachte Zahlung nicht nach dem Belieben des Empfängers als eine Zahlung dieser pactirten Zinsen angesehen werden. —

Das in Rede stehende pactum ist ein constitutives und gewissermaßen, nämlich während des Bestehens der Capitalschuld, selbständiges pactum, und als Rechtsfolgen dieses pacti werden angegeben: Zahlung nach diesem pactum ist giltig und — auch wenn irrthümlich in der Meinung einer civilen Schuld geschehen — unwiderruflich; wenn der Gläubiger sich aus dem Pfande wegen der Zinsen bezahlt macht, so sind pactirte und stipulirte Zinsen einander gleichzustellen, d. h. das für die Zinsen bestellte Pfand gilt in soweit auch für die pactirten Zinsen, als der Gläubiger den Betrag der letzteren ebenso wie den der stipulirten Zinsen inne behalten kann. Dagegen soll bei einer Schuld von Capital und Zinsen die ohne Zusatz gemachte Theilzahlung ohne Weiteres zuerst auf stipulirten Zinsen angerechnet

---

sprechens zu verstehen sei, allein das Folgende führt mit Nothwendigkeit auf die im Text gegebene Erklärung. Ferner ist der Wechsel des Subjects bei solverit und stipulatus erat auffallend, allein es ist doch wohl unthunlich, hier ein sich selbst Bezahltmachen Seitens des Gläubigers anzunehmen. — In L. 24. D. de praescr. verb. (XIX, 5) wo auch gesagt wird, daß beim mutuum Zinsen ohne stipulatio: non debere, ist nur die Unmöglichkeit einer actio auf die Zinsen hervorgehoben, über die Bedeutung des pacti usur. in solchem Fall aber Nichts gesagt. Ebenso in L. 27. C. loc. cond. (IV, 65.) — Der Ausspruch des Paulus in den R. S. II, XIV, §. 1. Si pactum nudum de praestandis usuris interpositum sit, nullius est momenti; erklärt sich durch den folgenden Satz: ex nudo enim pacto inter cives Romanos actio non nascitur.

werden, nicht aber auf die pactirten, sondern falls nur letztere vorhanden, auf das Capital.

Daß usurae ex pacto, wenn einmal gezahlt nicht repetirt werden können, auch nicht auf das Capital anzurechnen sind, sondern eben als gezahlte usurae gelten, ist auch im Codex bestätigt, wo uns möglicher Weise dasselbe Rescript erhalten ist, auf welches Ulpian in der L. cit. Bezug nimmt; es heißt nämlich in

> L. 3. C. de usur. (IV, 32.) Quamvis usurae foenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possint: tamen ex pacti conventione solutae, neque ut indebitae repetuntur, neque in sortem ferendae sunt. (Impp. Sever. et Antonin.)

Hier sind sogar die ex pacto gezahlten Zinsen geradezu solutae genannt, während Ulpian dafür den Ausdruck datae gebraucht. Steht somit ein dermaßen rechtswirksames, im Recht anerkanntes debere der Zinsen ex pacto fest, so muß es bei der Annahme einer nat. obl. auf pactirte Zinsen auffällig erscheinen, daß nur wenn ausdrücklich unter Bezugnahme auf das pactum die Zinsen gezahlt sind, die Zahlung eine giltige ist, nicht aber wenn die Zahlung simpliciter gemacht worden. Die Giltigkeit der solutio einer nat. obl. ist sonst ebensowenig abhängig von dem bestimmten Willen des debitor, wie die einer civilis, es genügt vielmehr, daß die Leistung an sich als Erfüllung der obligatio erscheint. Wenn nun eine Zahlung des debitor, welche nicht ausreicht, zur völligen Tilgung der Capital- und Zinsschuld von selbst zuerst auf die Zinsen abgerechnet wird, so müßte das, falls auch die pactirten Zinsen als debitae usurae gelten, bei diesen ebenso gehalten werden; daß das nicht geschieht, beweist, daß man in dem pactum vor dessen freiwilliger Anerkennung und Erfüllung einen Obligationsgrund nicht sah, daß pactirte Zinsen indebitae usurae waren, wie es ausdrücklich hier heißt, während von nat. debitis sonst niemals dieser Ausdruck gebraucht wird, daß vielmehr nur nach der außerhalb des Rechts liegenden naturalis ratio ein debitum angenommen werden konnte, und nur darum, weil bei der condictio indebiti wegen der Berücksichtigung des bonum et aequum die causa weiter als eine civilis causa gefaßt wurde, auch die irrthümliche

d. h. in der Meinung der Existenz einer rechtlichen Schuld gemachte Zinszahlung unwiderruflich war.[35]) Nach dem Wortlaute der L. 5. cit. scheint es freilich als ob es gerade auf die Klagbarkeit der Zinsobligation ankomme, damit das Gezahlte zuerst auf die Zinsen abgerechnet werde, also auch da, wo aus irgend einem Grunde die Zinsschuld nur eine naturale sei, das Gegentheil gelten solle. Allein, wenn hier stipulirte und pactirte Zinsen einander entgegengesetzt werden, so ist offenbar an den Fall, daß selbst stipulirte Zinsen aus irgend welchem Grunde klaglos sein könnten, gar nicht gedacht, und die Worte: quas debitor exsolvere cogitur bezeichnen überhaupt die rechtliche obligatio, indem sie deren regelmäßige Rechtsfolge angeben. Oder sollte z. B. wenn ein servus ein Darlehn empfangen und dafür durch Stipulation Zinsen versprochen hätte, eine von dem Schuldner nach der manumissio gemachte Theilzahlung nicht zuerst auf die Zinsen abgerechnet werden?

Fassen wir aber das naturaliter debere ex pacto in dem Sinn, daß das pactum nur eine objective causa für die demselben gemäße Leistung ist und darum die condictio ausschließt, so ist es durchaus erklärt, daß das nur gilt, wenn vom Schuldner die Zahlung ausdrücklich als Zinszahlung — proprio titulo — bezeichnet ist, denn ohne solche Bezeichnung fehlt es, da eine rechtliche Schuld auf Zinsen nicht besteht, an jedem Kennzeichen dafür, daß das solutum usurae solutae sind.[36]) Bei der solutio der naturaliter geschuldeten officia verhielt es sich allerdings anders, aber gerade deshalb, weil die officia ihrem Inhalte nach sich von selbst und ohne desfallsige ausdrückliche Bemerkung als solutio dieses naturaliter debitum darstellten.

Unabhängig von dieser Bestimmung des Schuldners ist die

35) Das ist der allgemeine Grund für die Giltigkeit dieser solutio; ob und wie weit derselbe in diesem Falle erst durch das erwähnte Rescript zur Anerkennung gekommen, ist nicht ersichtlich.

36) Darum ist es denn auch unzulässig sich durch Compensation wegen pactirter Zinsen bezahlt zu machen, und das natura debetur in L. 6. D. de comp. (XVI, 2) ist, wie es ja auch die Regel, von einem nat. debere ex obligatione zu verstehen.

solutio der usurae ex pacto nur dann, wenn der Gläubiger ein Pfand hat, und aus dem Erlös desselben sich selbst bezahlt macht; hier tritt an die Stelle jener Bestimmung die Pfandbestellung für die Zinsen, die indessen, soweit es sich um pactirte Zinsen handelt, auch immer nur zu einer Retention berechtigt.

Wenn in L. 5. cit. von einem Pfande die Rede, so ist anzunehmen, daß dasselbe bestellt sei für Capital und Zinsen; da nun aber in diesem Falle auch stipulirte Zinsen vorliegen, also eine wirkliche obligatio usurarum vorhanden ist, so kann die Giltigkeit einer Pfandbestellung für Zinsen keinem Bedenken unterliegen. Daß für die pactirten Zinsen ebenfalls ein rechtsgiltiges Pfand bestellt werden könne mit der Wirkung, daß der Gläubiger auch wegen dieser Zinsen die actio hypothecaria erheben und das Pfand giltig verkaufen könne, ist nicht gesagt, sondern nur — und zwar unter Berufung auf ein Rescript — daß der in Folge des wirklich begründeten Pfandrechts an den Gläubiger gekommene Betrag von diesem gleichmäßig auf die pactirten, wie auf die stipulirten Zinsen angerechnet d. h. als Zahlung derselben retinirt werden könne. Dieses Retentionsrecht in Folge eines für usurae ex pacto bestellten Pfandrechts finden wir dann noch an verschiedenen Stellen in unseren Quellen erwähnt, so in den Pandekten in

> L. 11. §. 3. D. de pignerat. act. (XIII, 7.) Si in sortem duntaxat, vel in usuras obstrictum est pignus, eo soluto, propter quod obligatum est, locum habet pigneraticia. Sive autem usurae in stipulationem deductae, sive non, si tamen pignus in eas obligatum fuit, quamdiu ex his debetur, pigneraticia cessabit. Alia causa est earum, quas quis supra licitum modum promisit: nam hae penitus illicitae sunt. (Ulp. lib. 28. ad Ed.)

Der Jurist erkennt hier die Möglichkeit einer Verpfändung auch allein für die Zinsen an, und zwar einerlei ob dieselben stipulatione oder pacto versprochen werden, als Folge ist aber auch nur die Berechtigung der Retention des Pfandes angegeben; zur Retention des Erlöses aus dem Pfand, wie in L. 5. D. cit., gehört die Berechtigung zur Veräußerung,

und daß diese dem cui ex pacto usurae debentur zustehe, ist nicht gesagt.

In derselben Weise findet sich auch diese Retentionsbefugniß in mehreren Stellen des Codextitels: de usuris, nämlich in

L. 4. C. de usuris (IV, 32.) Per retentionem pignoris usuras servari posse, de quibus praestandis convenit, licet stipulatio interposita non sit, merito constitutum est, et habet rationem, cum pignora conventione pacti etiam usuris obstricta sunt. Sed enim in causa, de qua agis, haec ratio cessat, si quidem tempore contractus de minoribus usuris petendis convenit, postea autem cum se debitor praestaturum majores repromisit, non potest videri rata pignoris retentio, quando eo tempore quo instrumenta emittebantur non convenit, ut pignus etiam ad hanc adjectionem teneatur. (Sever. et Antonin.)

Es hat Jemand niedrigere Zinsen für seine Schuld versprochen, und zwar nudo pacto, unter Umständen, wo zur vollen Rechtsgiltigkeit des Zinsversprechens die stipulatio erforderlich gewesen wäre, und hat ferner für Capital und Zinsen ein Pfand bestellt; später hat der Schuldner ebenso eine Erhöhung der Zinsen versprochen und der Gläubiger will nun, da der Schuldner nur das Capital und die ursprünglichen Zinsen bezahlt, wegen der späteren das Pfand retiniren, vielleicht gerade unter der Anführung, daß dem Gläubiger wegen pactirter Zinsen solche Retentionsbefugniß zustehe. Die Kaiser bestätigen auch den Bestand dieser Befugniß, indem sie anführen, das sei: merito constitutum, d. h. ganz passend durch Constitution eingeführt, und habe seinen guten Grund, wenn die Verpfändung sich mit auf die Zinsen bezogen habe, in dem erwähnten Fall sei aber nicht expreß das früher bestellte Pfand nachträglich auf die später versprochenen Zinsen ausgedehnt, und darum bestehe hier die Retentionsbefugniß nicht.

Ebenso heißt es in

L. 22. C. eod. Pignoribus quidem intervenientibus usurae quae sine stipulatione peti non possunt, pacto retineri possunt. Verum hoc jure constituto, cum hujusmodi nullo interposito pacto tantummodo certae

summae praestari poenam convenisse proponas: nec peti, nec retineri quisquam amplius potest, et ad pignoris solutionem urgeri te disciplina juris respicis. (Phil.)

Ohne Stipulation versprochene Zinsen können freilich nicht klagend geltend gemacht werden, allein wenn ein Pfand bestellt ist, so können pactirte Zinsen retinirt, d. h. durch Retention des Pfandes geltend gemacht werden, wenn nämlich das Pfand auch mit für die Zinsen bestellt worden. Auf dieses besondere Recht kann sich aber derjenige, welchem blos durch pactum die Zahlung einer bestimmten Summe als poena versprochen ist, nicht berufen, und kann daher weder klagen noch irgend etwas retiniren, wird vielmehr zur Herausgabe des pignus angehalten.

Außerdem ist hier auch noch zu erwähnen:

L. 21. C. eod. Si usurae praestari pignore dato convenit, et in continenti numeratione facta, postea vel ante, propter quod debitum solutionem feceras non designasti, habuit creditor in usuras tibi accepto ferendae solutae quantitatis facultatem. (Phil.)

Hiernach soll eine Theilzahlung Seitens des Schuldners für eine Schuld von Capital und pactirten Zinsen — denn so ist das convenit zu verstehen, da bei stipulirten Zinsen schon nach der allgemeinen Regel diese Entscheidung Platz greifen würde — falls sie vom Schuldner ohne Bestimmung gemacht, nicht, wie es Regel, auf das Capital angerechnet werden, sondern es soll dem Gläubiger freistehen, das Gezahlte als gezahlte Zinsen anzunehmen, wenn nämlich für die Schuld ein Pfand gegeben, und die Zahlung in continenti vor- oder nachher gemacht ist. Halten wir diese Entscheidung mit der in L. 5. D. cit. gegebenen zusammen, so kann der Grund für die abweichende Entscheidung des Rescripts nur darin liegen, daß die unmittelbare Verbindung der Zahlung mit der datio pignoris als eine Bezugnahme auf die dabei erwähnte Zinsschuld gelten solle. Man könnte diese Entscheidung vielleicht auch so zu erklären suchen, daß weil durch die Pfandbestellung dem Gläubiger eine Retentionsbefugniß auch wegen der Zinsen zustehe, es darum seinem Belieben überlassen sei, ob er das Gezahlte auf die Zinsen abrechnen wolle, allein dem steht entgegen, daß dieses

nur gelten soll, wenn in continenti die Zahlung gemacht worden.

Von anderweiten Rechtsfolgen des pacti usurarii ist in den Quellen nichts zu finden, die angeführten aber berechtigen nicht zur Annahme einer nat. obl. ex pacto. Von der Unwiderruflichkeit der Zahlung ist das schon im vorigen §. angeführt, zweifelhafter dagegen erscheint, wenigstens auf den ersten Blick, die Zulassung einer Pfandbestellung. Zu einer solchen gehört immer eine obligatio, wenn auch nur eine naturalis,[37] läßt man also die Pfandbestellung für eine Schuld ex nudo pacto zu, so liegt darin die Anerkennung einer so begründeten nat. obligatio. Allein nirgends wird diese nat. obl. als Grund für dieses Pfand angeführt, denn selbst in L. 5. cit., wo der Ausdruck nat. debere allein vorkommt, dient derselbe nur zur Erklärung von indebitum, unter welchem Ausdruck nämlich eben so gut auch der Mangel eines jeden Schuldgrundes verstanden sein konnte, was um so näher liegen möchte, als auch gerade gar nicht versprochene Zinsen — usurae indebitae — bekannter Maßen, wenn einmal gezahlt, nicht repetirt werden können.[38]) Dagegen berufen sich die Kaiser für diese Pfandbestellung auf eine besondere Rechtsbestimmung, was überflüssig wäre, wenn das pactum usurarium eine nat. obl. hervorbrächte. Dieses besondere Recht wird dann aber auch auf eine ratio gestützt, und diese ist die Absicht des Pfandbestellers, welche auch, oder allein für ein pacto Versprochenes Sicherheit geben will. Soll das aber nur den Erfolg haben, daß der Gläubiger zum Retiniren des Pfandes berechtigt wird, so liegt darin auf das Deutlichste, daß es hier an der nöthigen Voraussetzung zu einem wirklichen Pfandrechte fehlt, und daß dieser Mangel, da er nicht in dem Bestellungsact liegt, wohl darin liegen muß, daß es an einer obligatio fehlt, wofür das Pfand fehlen soll. War nun aber die Verpfändung für pacto ver=

37) L. 5. pr. D. de pignor. (XX, 1.)

38) L. 26. pr. D. de cond. ind. (XII, 6.); — vergl. v. Vangerow, Leitfaden. Band I. §. 76. Anm. 2., der das freilich nicht auf die besondere Natur der Zinsen, sondern auf eine Liebespflicht gründet. Ebenso Christiansen, a. a. O. S. 94.

sprochene Zinsen keine Verpfändung, so konnte nur durch eine besondere Rechtsbestimmung diesem Act eine Wirkung beigelegt werden, und wenn dieses durch Anerkennung eines Retentionsrechts, wo ein pignus in der Hand des Gläubigers war, geschehen ist, so ist damit eigentlich nur die Exceptionswirkung des nudi pacti für einen bestimmten Fall anerkannt, insofern als in dem Hingeben einer Sache, damit sie dem Empfänger zur Sicherheit diene für irgend welche Leistung, zugleich das Versprechen liegt, die Sache nicht zurückfordern zu wollen, ehe die Leistung gemacht worden. Darum hat auch Brinz[39]) ganz Recht, wenn er dieses Retentionsrecht von der liberatorischen Kraft des nudum pactum ableitet, auch aus dem constitutiven pactum eine exceptio giebt, sobald der, zu dessen Gunsten es geschlossen, in die Lage des Beklagten kommt. Brinz macht sich indessen selbst einen Einwand gegen diese Ableitung, nämlich daß wenigstens die Rückforderung gezahlter Zinsen ex pacto nicht erst ope exceptionis, sondern schon ipso jure ausgeschlossen ist, allein wir können diesem Einwande noch weit weniger Gewicht beilegen, als dieses von Brinz geschehen. Die Ableitung der Retentionsbefugniß aus der liberatorischen Kraft des pacti ist nämlich nur bei der Retention des pignus, nicht aber bei der Retention der gezahlten Zinsen selbst, wohl zum Ausschluß der actio pigneraticia, nicht aber zu dem der condictio indebiti

39) A. a. O. S. 22. — In anderer Weise will Girtanner, a. a. O. S. 415. die nat. obl. aus dem Zinspactum (nicht aus jedem nudum pactum) erklären. Er meint, wenn bei dem Darlehn ein Zinspactum geschlossen und die Zinsen bezahlt seien, so liege gleichsam ein gegenseitiger Vertrag vor, indem der Gläubiger den Genuß der sors, der Schuldner die Zinsen geleistet habe, es fehle also für die Leistung der Zinsen nicht an einer causa und daher falle die condictio weg. Auch von einem naturaliter könne man hier reden, sofern doch ein συνάλλαγμα, ein negotium bona fide gestum vorliege, nämlich in der Gewährung des Geldgebrauchs von Seiten des Darleihers u. s. w. — Allein diese Behandlung des pacti unter solchen Umständen als pactum adjectum ist doch wohl sehr bedenklich, und ferner ist das natura debere nicht nur bloß für das pactum usurarium, sondern ganz allgemein für das pactum behauptet, so daß diese allein vom Zinspactum hergenommene Erklärung nicht ausreicht. — Vergl. v. Savigny, a. a. O. S. 57.

erforderlich. In dem Sinne der condictio ist das pacto debitum nicht als ein indebitum zu betrachten, die condictio indebiti muß daher auch hier von vorn herein wegen Mangels eines indebiti für ipso jure unbegründet erachtet werden. Was aber die Ausschließung der pigneraticia anbetrifft, so scheint diese ebenfalls ipso jure zu geschehen, nicht erst durch Vermittelung der exceptio, allein dabei ist zu beachten, daß für diese Ausschließung ein jus constitutum angeführt wird. Wenn es durch besondere Bestimmung anerkannt ist, daß das Pfand retinirt werden könne, so kann diese Bestimmung, da die Geltendmachung auf dem Wege der excepti pacti an sich schon zustand, und auch als die der Constitution zu Grunde liegende ratio bezeichnet wird, wohl nur gerade des Inhalts gewesen sein, daß die pigneraticia ipso jure nicht zustehen solle.

Keinenfalls läßt sich aus dieser Möglichkeit der Retention eines für das nudo pacto Versprochene bestellten Pfandes der Beweis führen, daß das nudum pactum als Grund für irgend welche obligatio im Röm. Recht anerkannt sei, und demselben andere Rechtsfolgen als die vorhin genannten ohne Weiteres beizulegen, wie Brinz dieses thut,[40]) ist doch mehr als bedenklich. Brinz kommt dahin auch nur durch die Annahme, daß in dem naturaliter debere der L. 5. D. cit. ein unumstößliches Zeugniß für die nat. obligatio, wenn auch nicht aus jedem, doch aus dem Zinspactum enthalten sei; daß aber diese Identificirung von nat. debitum und nat. obligatio nicht zulässig, ist schon erwähnt.

Gegen die Annahme einer nat. obl. ex pacto usurario spricht aber endlich auch noch Folgendes. Nach der L. un. C. ob chirograph. (VIII, 27)[41]) soll der Gläubiger, welcher das Pfand in Besitz hat, dieses auch nach Tilgung der Schuld, für welche das Pfand bestellt ist, retiniren können, bis der Schuldner überhaupt Alles, was er dem Gläubiger schuldet, und zwar auch ohne Pfand schuldet, bezahlt hat. Dies ist: propter exceptionem doli gestattet; als dolus gilt es nämlich, wenn der Schuldner dem Gläubiger gegenüber vollständig sein Recht

---

40) A. a. O. S. 23.

41) Vergl. Schenck, die Lehre vom Retentionsrecht. §. 69. S. 241.

wahren will, ohne zugleich seinen Verpflichtungen gegen denselben nachzukommen. Daß dieses Retentionsrecht, wie es auf debita aller Art anwendbar ist, auch wegen eines naturaliter debitum einer klaglosen Schuld zusteht bedarf keines Nachweises,[42]) da der Grund für dasselbe bei solchen debitis eben so gut zutrifft, wie bei klagbaren. Nehmen wir nun Zinsen ex pacto wirklich als debitae, wenn auch ohne Klage, so kommen wir mit den Entscheidungen der oben angeführten Stellen in Widerspruch. Denn danach müßte auch bei einer Verpfändung lediglich für das Capital die pigneraticia actio cessiren, so lange noch die pactirten Zinsen nicht gezahlt sind, wogegen L. 11. §. 2. D. cit. gerade das Gegentheil sagt, ferner müßte auch wegen der Zinsen, welche erst nach geschehener Verpfändung versprochen wären, die retentio pignoris stattfinden, anders als L. 4. C. cit. bestimmt, und endlich müßte in L. 22. C. eod. das letztgenannte pactum, auf welches das Pfand nicht mit bezogen worden, eben so gut wie das erste zu dieser Retention berechtigen.

Man hat nun, um anderer Versuche zu geschweigen,[43]) diesen Widerspruch dadurch zu erklären gesucht, daß die L. un. C. cit. jüngeren Ursprungs sei, die anderen Stellen dagegen das ältere Recht enthielten, und daher keine Anwendung mehr finden könnten, allein diese Art widersprechende Stellen zu vereinigen ist bekanntlich nur eine im äußersten Nothfalle zulässige. Andererseits hat man die erwähnten Stellen von der L. un. cit. dadurch unterscheiden wollen, daß jene von einer retentio jure pignoris, diese von einer retentio jure retentionis sprächen, allein wie auch immer diese Retentionen verschieden begründet sind, so führen sie doch immer zu demselben Resultate, und gerade in der Verschiedenheit der Resultate in den gedachten Stellen und der L. un. cit. liegt der Widerspruch. Nehmen wir aber an, daß die L. un. cit., wenn auch aller Art debita, so doch immer nur rechtsbegründete debita umfaßt, das pactum usurarium aber, wenngleich es eine giltige solutio zuläßt und durch besondere Rechtsbestimmung auch eine Pfandbestellung für

---

42) Vergl. Weber, a. a. O. §. 108.

43) Vergl. Schenck, a. a. O. §. 70. S. 245.

dasselbe in dem oben erwähnten Sinn und Umfang möglich ist, dennoch kein wirkliches debitum ist, so blieben die Entscheidungen der LL. citt. von der neuen Bestimmung der L. un. cit. unberührt.

Es fragt sich nun ferner, ob diese selben Rechtswirkungen auch einem jeden anderen pactum, welches das Versprechen einer vermögensrechtlichen Leistung enthält, zugesprochen werden können. Das naturaliter debere wird in L. 5. §. 2. D. cit. ganz allgemein von dem pactum ausgesagt, und nur dort gerade auf das pactum usurarium angewandt, aber die genannten Wirkungen sind gar nicht daraus hergeleitet, daß das pactum ein naturale debitum begründet, ein debitum nach dem dem positiven Recht fremden jus naturale, sondern aus anderen, dem positiven Recht entnommenen Gründen und eben deshalb auch nur einzelne, nicht alle, welche sich aus einer consequenten Anerkennung jenes jus naturale ergeben würden. Außerdem liegt in dem pactum usurarium allerdings Mancherlei, welches auf eine besondere Behandlung desselben im Recht hinzudeuten scheint. So sollen z. B. auch gar nicht versprochene Zinsen dermaßen giltig gezahlt werden können, daß die irrthümliche Zahlung derselben weder auf das Capital abgerechnet, noch mit der condictio indebiti zurückgefordert wird,[44] und ferner ist der Zinsvertrag ein Nebenvertrag, der also stets eine Hauptschuld voraussetzt und durch diese mehrfach bedingt ist. Darum hat man denn auch wohl die genannten Wirkungen des pacti auf eben dieses pactum usurarium,[45] oder doch wenigstens auf die Nebenpacta beschränken wollen,[46] allein die Ausschließung der soluti repetitio, wenn opinione obligationis gezahlt ist, kann doch unbedenklich auf jedes pactum — falls nur die Zahlung, sei es durch bestimmten Ausdruck des Zahlenden, oder durch den Gegenstand der Zahlung auf das pactum Bezug nimmt — erstreckt werden, da der Grund dieser Ausschließung darin liegt, daß die condictio wegen ihres Ursprungs ex aequo et bono auch das debitum ex jure naturali als ein debitum ansieht. Das paßt

44) Vergl. die bereits angeführte L. 26. pr. D. de cond. ind. (XII, 6.)
45) Unterholzner, a. a. O.; vergl. auch Gneist, a. a. O. S. 171. not. *.
46) Brinz, a. a. O. S. 23.

aber auf jedes pactum, nicht blos auf das pactum usurarium.

Anders steht es dagegen mit der für die pactirte Zinsschuld zugestandenen Verpfändung; dieselbe beruht auf einem besondern Recht, quod merito constitutum est. Gerade diese Begründung zeigt aber, daß an sich das pactum zu einer solchen Pfandbestellung nicht die hinlängliche Grundlage bildet, und wenn daher nur für das pactum usurarium dieselbe ausnahmsweise gestattet ist, so sind wir nicht berechtigt, dieses ohne Weiteres auf irgend ein anderes pactum auszudehnen, eben weil wir, wie schon angedeutet, anerkennen müssen, daß Grund vorhanden ist für eine besondere Behandlung des pactum usurarium.[47] Daneben bleibt dann aber für jedes pactum, auch das constitutive, die allgemeine Rechtswirkung der pacta bestehen, die exceptio. Ist also für ein pacto Versprochenes eine Sache gegeben mit der Bestimmung, dieselbe solle als Pfand dienen für die Erfüllung des pacti, so ist das allerdings kein Pfand und kein Pfandrecht, aber dem Geber, welcher die Sache zurückfordern wollte, ohne das pacto Versprochene zu zahlen, würde dennoch eine exceptio pacti entgegengesetzt werden können, seine actio also wenigstens exceptione unwirksam sein, weil in der Hingabe zum Pfand doch sicherlich das Versprechen enthalten ist, die Sache nicht ohne Zahlung des pacto Versprochenen zurückfordern zu wollen.

Man kann daher von einem jeden constitutiven pactum sagen, es enthalte ein naturaliter debitum, ein debitum nach dem dem positiven Recht nicht nur fremden, sondern in diesem Punkte sogar entgegengesetzten jus naturale,[48] die Rechtswirkungen desselben sind aber nur dadurch hervorgebracht, daß die condictio indebiti in Bestimmung des Begriffs von indebitum auf jenes jus naturale Rücksicht nimmt, und durch die ebenfalls

---

47) Die L. 101. D. de solut. (XLVI, 3), welche dem Pfandgläubiger das Recht zugesteht, den Erlös des verkauften Pfandes auch auf das quod natura debeatur anzurechnen, setzt ein giltiges Pfandrecht voraus, und das natura debetur ist daher wohl von einer nat. obligatio zu verstehen.

48) Man darf hier also auch nicht blos eine s. g. moralische Verbindlichkeit annehmen, wie Holtius, a. a. O. S. 14 thut.

durch positive Rechtsbestimmung eingeführte exceptio auf Grund des pacti. Darum ist denn das debitum ex pacto im Allgemeinen doch immer noch als ein naturales zu bezeichnen, denn die genannten Rechtswirkungen sind auch ohne Annahme eines rechtlichen debiti erklärlich, und nirgends finden wir das debitum selbst als solches in das Recht aufgenommen, sondern im Gegentheil liegt in dem Festhalten die Nothwendigkeit einer stipulatio zu einer giltigen obligatio eine fortdauernde Protestation des positiven Rechts gegen dieses jus naturale.

Daß aber nach diesem jus naturale, wie es die Römischen Juristen schon kennen, ein nudum pactum genügt, um ein debitum zu begründen, bedarf keines Nachweises; wird doch selbst eine klagbare Obligation darum, weil zu deren Begründung eine besondere Form nicht erforderlich, naturalis et omnium gentium genannt;49) gilt das aber da, wo auch das positive Recht damit übereinstimmt, so muß es an sich auch gelten, wo das nicht der Fall ist.

Fassen wir die in diesem Abschnitte besprochenen debita zusammen, so ergeben sie folgendes Resultat. Die naturalis ratio, das Jus naturale, die natürliche, sachgemäße Anschauung der Dinge, einerlei ob und wie weit dieselbe von einer theoretischen Deduction, von einer Theorie dieses jus getragen und begleitet ist, hat die Veranlassung gegeben zur Aufstellung einzelner Bestimmungen des positiven Rechts, da dieses denn doch seinem Zweck gemäß mit dieser natürlichen Anschauung der Dinge freilich nicht nothwendig zusammenzufallen braucht — das wäre bei dem Unbestimmten und Schwankenden derselben nicht möglich — aber doch derselben nicht zu schroff entgegentreten darf. Je weiter ein Recht ausgebildet wird, desto enger wird es sich dieser naturalis ratio anschließen, und dieselbe zugleich selbst klären und reinigen.

Allgemeine Berücksichtigung hat dieses jus naturale gefunden bei Aufstellung der condictio indebiti, indem man hier geradezu debitum und indebitum unter Hereinziehung des jus naturale in das jus civile unterschieden hat, wie oben schon

---

49) L. 1. D. loc. cond. (XIX, 2). S. oben S. 82.

ausgeführt ist, andere Rechtswirkungen beziehen sich nur auf einzelne Verhältnisse.

Die alte Controverse, ob diese Fälle, namentlich auch das nudum pactum, den naturales obligationes zugerechnet werden könnten oder nicht, sollte in dieser Form gar nicht mehr erhoben werden. Darauf, daß die Namen obligatio und obligari für diese Fälle nicht vorkommen, möchten wir kein zu großes Gewicht legen, allein beachtenswerth bleibt es dennoch, weil andererseits feststeht, daß debere und ex obligatione debere keineswegs immer zusammenfallen, und daß es deßhalb nicht gerechtfertigt ist, dem nudum pactum namentlich ohne weitere Begründung alle die Wirkungen zuzusprechen, welche sich bei einer nat. obligatio finden. Will man daher die obigen Fälle als naturales obligationes bezeichnen, so muß man sich nur bewußt bleiben, daß man hier obligatio in einem andern Sinne nimmt, als bei den auf einem rechtlich anerkannten Schuldgrunde, auf einem Obligirungsacte ruhenden Naturalobligationen.

Dritter Abschnitt.

Obligatio tantum naturalis.

I. Allgemeines.

§. 12.

Nachdem wir in den beiden vorhergehenden Abschnitten die wenigen Fälle, in denen eine klagbare Obligation zur Bezeichnung einer besonderen Eigenschaft den Namen einer naturalis führt, abgehandelt und ferner die fälschlich als Naturalobligationen angesehenen Fälle eines naturaliter debere ohne obligatorische causa auf das ihnen angehörige Gebiet verwiesen und eingeschränkt haben, wenden wir uns zu denjenigen Naturalobligationen, deren Darstellung und Erklärung der Zweck dieser Blätter ist, nämlich denen, welche der actio entbehren und gerade um dieses Mangels willen als naturales, naturales **tantum** obligationes bezeichnet werden. Es ist dieses die eigentliche, technische Bedeutung von nat. obl.; denn wo wir in den Quellen eine nat. obl., ein natura debere und ähnliche Wendungen in Zusammensetzung mit natura und naturalis finden, ist bis auf die wenigen oben erwähnten Fälle, immer eine klaglose Obligation, ein rechtliches debere, wegen dessen eine actio nicht zusteht, gemeint.[1]) In dieser Bedeutung steht dann der

1) Der Beweis dafür liegt außer in der schon oben §. 8. angeführten L. 16. §. 4. D. de fidej. (XLVI, 1) in der Gesammtheit der unten noch zu nennenden Quellenzeugnisse für die nat. obl.

naturalis obligatio die civilis, der klaglosen die klagbare Obligation entgegen, und in diesem, aber auch nur in diesem Sinn findet sich in den Quellen die allgemeine Eintheilung der Obligationen in civiles und naturales.[2])

Ist somit die naturalis obl. ein Anderes als die civilis, so ist sie doch zugleich wieder in dieser letztgenannten enthalten, ist als ein Bestandtheil der civ. obl. anzusehen, denn nicht nur sind die an eine nat. obl. geknüpften Rechtsfolgen lediglich solche, welche auch einer civilis obligatio noch außer der actio zukommen, sondern es kann auch, wie bereits erwähnt worden, eine civilis obligatio durch den Wegfall der actio in eine naturalis obligatio verwandelt werden, was nicht möglich wäre, wenn nicht die civilis obl. zugleich den Bestand der nat. obl. in sich trüge.[3]) Wäre nun die obligatio ein Rechtsverhältniß oder ein Recht, aus welchem eine Reihe von Befugnissen resp. Verpflichtungen, nämlich die actio und das debitum und außerdem noch andere auf gleicher Stufe mit jenen stehende Wirkungen hervorgingen, und wäre der Begriff der obligatio unabhängig von diesen Rechtsfolgen, ließe wenigstens Modificationen derselben, namentlich den Wegfall der actio zu, ohne daß damit die Existenz der obligatio selbst negirt würde, so wäre der Begriff der nat. obl. als einer wirklichen, aber von der klagbaren verschiedenen und doch wieder in dieser enthaltenen Obli-

---

2) Die im ersten Abschnitt (§. 7.) genannten nat. obl. sind naturales und civiles. Die allgemein anerkannte Behauptung, daß die Obligationen auch in Bezug auf ihren Ursprung und in Bezug auf die persönliche Rechtsfähigkeit in civiles und naturales von den Römern eingetheilt seien — z. B. v. Savigny, a. a. O. §. 5. 6. ist nur bei Annahme der Identität von naturale und juris gentium zu erweisen. S. oben S. 93. — Daß dieser Gegensatz sich gerade auf die Klagbarkeit resp. den Mangel derselben bezieht, zeigt auch die Anwendung desselben mit Einschiebung der obl. honoraria (obl. civ. vel honor. vel tantum civili. L. 5. pr. D. de pignor. XX, 1.) v. Savigny nennt diese Ausdrucksweise eine nachlässige (a. a. O. S. 37.), es müsse eigentlich obligatio civilis mit actio civilis oder honoraria heißen. S. dagegen v. Scheurl, kritische Ztschr. Bd. I. S. 504.

3) Die Bezeichnung nat. tantum weist auch darauf hin, daß die nat. obl. nicht ein Anderes, sondern nur ein Weniger gegenüber der civ. obl. sei.

gation leicht aufzustellen. Das ist aber, wie schon oben bemerkt, nicht der Fall, der Begriff der obligatio vielmehr nach der Auffassung des Römischen Rechts wesentlich an die actio gebunden, und daraus ergeben sich denn die schon angedeuteten Schwierigkeiten für die Begriffsbestimmung der naturalis tantum obligatio.

Um für die Lösung derselben einen durchaus festen Boden zu gewinnen, stellen wir voran, was die Quellen über die Begründung der n. obl., über den Mangel der actio bei derselben und endlich über die rechtliche Wirksamkeit derselben trotz dieses Mangels anführen.

In Bezug auf die Begründung stehen die naturalen Obligationen den civilen vollkommen gleich. Zu Begründung einer obligatio fordert das Recht eine bestimmte causa, und zwar nicht eine causa in dem ganz unbestimmten Sinne, wie z. B. in den Fällen des natura debere, welche wir oben erwähnt haben, sondern eine solche causa, welche im Recht ausdrücklich als eine obligirende, als eine zur Hervorbringung einer obligatio taugliche anerkannt ist. So ist z. B. ein contractus eine obligatorische causa, ein nudum pactum auf eine vermögensrechtliche Leistung dagegen nur eine causa zur Retention und zum Ausschluß der soluti repetitio. Zur Begründung einer nat. obl. wird aber eine eben solche obligatorische causa gefordert, wie zu der einer civilis, die nämliche obligatorische causa kann sowohl eine civilis als auch eine naturalis obligatio hervorbringen, und ob in einem concreten Fall auf Grund eines Obligirungsactes, oder überhaupt einer obligatorischen causa eine civilis oder nur eine nat. obl. entsteht, kann daher nur von anderen der causa hinzutretenden, resp. nicht hinzutretenden Umständen abhängen.

Nur weil man davon ausging, daß auch die im vorigen Abschnitt erörterten Fälle eines natura debere mit unter die nat. obll. zu rechnen seien, hat man diesen Satz fast allgemein verkannt und für die nat. obl. nach einem andern Fundament als dem der civiles obll. suchen zu müssen geglaubt;[4]) nach Beseitigung dieser falschen Rücksicht treten aber die Beweise für

4) Vergl. oben S. 95 f.

denselben in das hellste Licht. Daß diejenigen natt. obll., welche als Residua klagbarer Obligationen nach Wegfall der actio übrigbleiben, auf einem auch für die klagbare Obligation tauglichen Grunde ruhen, liegt auf der Hand, denn die obl. ist hier ursprünglich eine civilis, welche erst durch Aufhebung der actio klaglos und somit eine naturalis tantum geworden ist.[5]) Aber auch die von vorn herein klaglosen Obligationen sind, wo überhaupt ihre Begründung angegeben ist, stets auf dieselben Rechtsgeschäfte zurückgeführt, welche auch causae für klagbare Obligationen sind,[6]) namentlich ist es das mutuum, welches häufig als Grund einer nat. obl. vorkommt, dann die stipulatio; aber auch bonae fidei contractus finden sich mit gleicher Wirkung, und außerdem auch Quasicontracte z. B. negotiorum gestio; daß aber zur Begründung selbst einer klaglosen Obligation durch solche Rechtsgeschäfte die sämmtlichen Requisite derselben, also wirklich das ganze negotium, wie es das Recht aufgestellt, verlangt wird, daß mithin nicht etwa eine unvollständige Vornahme desselben, sobald dieselbe nur noch irgend welchen Inhalt behält, zu einer nat. obl., die ja auch der civilis gegenüber eine unvollständige ist, führe, wird ausdrücklich gesagt.

Schon die bereits oben[7]) erklärte L. 1. §. 2. D. de V. O. (XLV, 1) zeigt, daß wenn auch der materielle Inhalt eines obligatorischen Rechtsgeschäfts vorhanden ist, es dagegen an der Form fehlt, unter welcher allein dasselbe als ein obligatorisches im Recht anerkannt ist, nicht etwa statt der beabsichtigten civ. obl. eine naturalis entsteht, sondern keine von beiden; der Mangel in der causa, welcher die Entstehung einer civ. obl. verhindert, verhindert auch zugleich die einer naturalis. Außerdem wird gerade in einem Verhältnisse, wo die Form der nat. obl. besonders häufig vorkam, für diese eine causa civilis, d. h. eine causa wie sie das positive Recht für die obligatio aufstellt, gefordert. Es heißt nämlich in

---

5) Daß die von der civ. obl. übrig bleibende nat. obl. keine andere, sondern nur die alte civ. obl. nach Wegfall der actio ist, zeigen Ausdrücke wie: naturalis obligatio manet, natura tamen debitor permanet. L. 19. pr. L. 60. D. de cond. ind. (XII, 6.)

6) Vergl. Holtius, a. a. O. S. 22. Brinz, a. a. O. S. 38.

7) Seite 126.

L. 49. §. 2. D. de pecul. (XV, 1.) Si ignorante me servus meus negotia mea administraverit, tantidem debitor mihi intelligetur, quanti tenebatur, si liber negotia mea administrasset. Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere servo suo, cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit debitorem. (Pompon. lib. 4. ad Q. Mucium.)

Daß zwischen dem dominus und servus durch ein von ihnen vorgenommenes Rechtsgeschäft keine klagbare, wohl aber eine naturalis obligatio begründet wird, steht anderweitig fest,[8]) daß hier gerade Rechtsgeschäfte als Grund der obligatio gedacht sind, beweist die Erwähnung der negotiorum gestio. Der zweite Satz ist nur eine Generalisirung des ersten und der Ausdruck: causa civilis kommt für andere Obligationsgründe z. B. Delicte überhaupt nicht vor. Zur Begründung einer nat. obl. zwischen dominus und servus ist also das vollständige civile Rechtsgeschäft erforderlich, und es fehlt an jeder Veranlassung das gerade auf diesen einzelnen Fall von nat. obl. zu beschränken und nicht vielmehr allgemein auf jede nat. obl. zu beziehen.[9]) Zum Schluß wird eine Anwendung der Regel auf den Literalcontract gemacht, der, soweit er als juris gentium betrachtet wurde, auch mit einem servus giltig abgeschlossen werden konnte.[10]) Wie überhaupt eine ratio d. h. eine Schuldeintragung nur, wenn sie in Folge einer materiellen causa geschehen, also bei dem nomen arcarium in Folge eines mutuum, bei dem nomen transscripticium a re in personam auf Grund eines anderen obligatorischen Rechtsgeschäfts z. B. einer emtio, conductio, societas, eine literarum obligatio begründete, so soll

---

8) L. 13. D. de cond. ind. (XII, 6.) L. 14. D. de O. et A. (XLIV, 7.)

9) v. Savigny, Obl. R. S. 60, will in L. 46. cit. nur die Erklärung finden, daß die obll. der servi mit dem dominus nach denselben factischen Bedingungen zu beurtheilen sind, wie die obll. unter Freien.

10) Gai. III. §. 132. 133.; vergl. mit L. 8. §. 4. D. de acceptilat. (XLVI, 4.)

auch nur unter derselben Voraussetzung einer materiellen causa die ratio des dominus, wodurch doch nur eine nat. obl. begründet werden kann, als Obligationsgrund gelten, die nuda ratio also ebensowenig wie für eine klagbare, für eine klaglose Obligation ein tauglicher Entstehungsgrund sein.[11])

Ist die nat. obl. nur auf eine causa civilis zu gründen, so muß selbstverständlich der betreffende Obligationsact nicht blos äußerlich, als factum vorhanden sein, sondern muß auch ein rechtsgiltiger sein. Es versteht sich daher von selbst, daß z. B. ein von einem infans ausgehender Obligationsact, der eben gar keine Handlung ist, auch nicht einmal eine nat. obl. erzeugen kann. Dasselbe gilt auch von den Obligationsacten solcher Personen, denen rechtlich die Handlungsfähigkeit in Bezug auf Rechtsgeschäfte abgesprochen ist, nämlich denen, quibus bonis interdictum est. Hier liegt, rein factisch betrachtet, der volle Obligationsact vor, und daher finden wir diesen Fall öfters mit der nat. obl. zusammengestellt, nirgends aber ist derselbe nat. obl. genannt und nirgends ist demselben irgend eine rechtliche Bedeutung, welche sich bei der nat. obl. findet, beigelegt.[12]) Dasselbe gilt von den Fällen, in denen ein singulares Recht einem an sich rechtsgiltigen Obligationsacte unter besondren Umständen die rechtliche Bedeutung völlig abgesprochen hat, z. B. dem obligirenden Rechtgeschäft einer Frau, sobald dasselbe den Character einer Intercession annimmt. Diesem Geschäfte ist nicht nur die actio abgesprochen, sondern überhaupt eine jede obligatorische Bedeutung — quia Senatus totam

---

11) Vergl. auch Holtius, a. a. O. S. 22.

12) L. 6. de V. O. (XLV, 1.) Derjenige cui bonis interdictum est wird hier dem furiosus in Bezug auf die Obligationsfähigkeit gleichgestellt, für Beide soll kein fidejussor bestellt werden können. Holtius (a. a. O. S. 25) findet es auffallend, daß der Erstgenannte anders behandelt ist wie der pupillus, und meint, das liege nicht im Wesen der Sache, sondern im positiven Recht. Das ist aber kein Gegensatz, denn wenn wir nicht unter nat. obl. ein dem Recht fremdes verstehen, so bestimmt eben das positive Recht das Wesen der Sache. Holtius zeigt auch hier, daß er, wie schon angedeutet, mit seiner Auffassung doch nicht völlig auf dem positiven Rechtsboden steht.

improbat obligationem,[13]) d. h. weil der Senat einem solchen Act, der nach jus commune allerdings ein Obligationsact ist, die rechtliche Bedeutung vollständig versagt hat. Das aus solcher obligatio Gezahlte gilt dann auch selbst im Sinne der condictio indebiti als indebitum,[14]) weil der directe Widerspruch des positiven Rechts nothwendig einer jeden causa naturalis die selbst indirecte Rechtswirkung nimmt. Darum ist denn auch nirgends in den Quellen in dem erwähnten Falle eine nat. obl. angenommen, und die den Römern so geläufige Zusammenstellung des Scti. Vellejani mit dem SC. Macedonianum hat gerade meistens den Zweck, die verschiedene Bedeutung dieser beiden SCta. für die betreffende obligatio d. h. den Obligationsact und seine Rechtsgiltigkeit ins Licht zu setzen. Eine solche vom Recht verworfene Obligation hat nur den Schein einer rechtlichen Obligation, dieser Schein aber wird gerade durch das formelle Begründetsein der actio hervorgerufen, in keinerlei Weise aber ist hier an eine naturalis obligatio zu denken.[15])

Sind so dieselben causae, welche eine civ. obl. begründen können, auch tauglich resp. erforderlich für die Begründung einer nat. obl., so fragt sich ferner, ob denn alle causae, aus denen civ. obll. hervorgehen können, auch als causae für nat. obll. vorkommen. Man könnte nämlich meinen, daß es gewisse nicht überall sich findende Eigenthümlichkeiten und Besonderheiten der obligatorischen causa wären, welche die nat. obl. neben der actio oder auch ohne die actio begründeten, daß dagegen, wo diese fehlten, nur eine civ. obl. ohne den Inhalt der naturalis zum Vorschein käme. Allein dem steht entgegen, daß die Rechts-

13) L. 16. D. ad SC. Vellejan. (XVI, 1.)

14) L. 9. C. ad SC. Vellej. (IV, 29.)

15) Holtius (a. a. O. S. 17) will hier „obgleich es nicht deutlich ausgesprochen“ doch „analogisch“, das soll wohl heißen, nach Analogie des SC. Maced., eine nat. obl. annehmen, und beruft sich darauf, daß die Quellen von dieser obl. nur sagen: „obligatio inanis,“ „non obligatae cum effectu.“ L. 8. §. 9. 12. D. ad SC. Vell. (XVI, 1.) Diese Ausdrücke erscheinen aber auch bei der entgegengesetzten Auffassung als völlig erklärt, und eine nat. obl. kann hier wieder nur in einem dem Recht fremden Sinne angenommen werden, denn das Recht will in diesem Falle gerade keine obligatio anerkennen.

folgen der nat. obl. sich ausnahmslos bei einer jeden civ. obl. finden, auch da, wo dieselbe rein auf positivem Recht ruht, und ferner, daß nirgends in den Quellen sich auch nur die leiseste Andeutung findet, als ob eine obligatorische causa nur unter besonderen Voraussetzungen eine solche auch für eine nat. obl. sein könnte.[16]) Dagegen muß eine andere Beschränkung der nat. obll. in Bezug auf die Begründung eingeräumt werden; in den oben angeführten Stellen sind nämlich nur Rechtsgeschäfte als causae von nat. obll. genannt, und wirklich kennen unsere Quellen nur auf Grund von Rechtsgeschäften Naturalobligationen, welche gleich von Anfang an der actio entbehren, nicht solche auf Grund von Delicten u. s. w.; da das aber von denjenigen nat. obll. quae remanent sublata actione nicht in gleichem Maße gilt, vielmehr eine solche nat. obl. auf Grund einer jeden civ. obl., aus welcher causa dieselbe auch mag hervorgegangen sein, entstehen kann, so ist jene Beschränkung nicht als eine Folge des Begriffs der nat. obl. anzusehen, der vielleicht nur auf ein Rechtsgeschäft sich stützen ließe, sondern ist daraus zu erklären, daß aus allen übrigen obligatorischen causis, sobald dadurch überhaupt Obligationen begründet werden, diese auch der actio nicht entbehren.[17])

---

16) Namentlich ist es auch unrichtig, zu behaupten, daß nur Obligationen, welche ihrer Begründung nach dem jus gentium zugezählt werden, als naturales verkommen könnten. Die sponsio ist ein rein dem jus civile angehöriges Geschäft, und kann dennoch unter Umständen zu einer klaglosen Obligation führen: — vergl. Brinz, a. a. O. S. 40. — Die Behauptung der gemeinen Theorie, daß die klaglosen Obligationen ihrem Ursprunge nach obll. juris gentium sind (v. Savigny, a. a. O. S. 35) führt consequent dahin, die nat. obl. in der civilis, sobald diese ex jure civili begründet ist, zu leugnen, und sie sich mit den Quellen, welche allgemein aus der civ. obl. unter Umständen eine nat. hervorgehen lassen, in Widerspruch zu setzen. Die Anhänger der naturrechtlichen Schule haben auch diese Consequenz nicht gescheuet, (s. oben S. 17) wohl aber die Neueren. Diese suchen sich dadurch zu helfen, daß sie einer jeden obl. juris civ. regelmäßig auch einen Bestandtheil ex jure gentium zuschreiben, aber damit hört dann eben der Gegensatz auf. — Brinz, a. a. O. S. 40.

17) Brinz, Pand. S. 572, nimmt ausdrücklich auch noch Quasicontracte und Delicta als causae n. o. an. Soweit erstere zu den Rechtsge-

Wie in Bezug auf die causa steht dann die nat. obl. der civilis auch in Bezug auf den materiellen Inhalt der obl. gleich, da dieser durch die causa unmittelbar gegeben ist. Es versteht sich das eigentlich von selbst, ist aber zum Überfluß in der angeführten Stelle noch besonders gesagt: der servus schuldet aus der negotiorum gestio dasselbe und ebensoviel, wie er schulden würde, falls er ein Freier und darum civiliter obligirt wäre. Es würde unnöthig sein, dieses noch weiter auszuführen, denn es ist niemals bezweifelt worden, daß die klaglose obligatio ex mutuo ebenso wie die klagbare, die Rückzahlung, die klaglose stipulatio, ebenso wie die klagbare, die Erfüllung der promissio zum Gegenstande hat, und daß die von einer civ. obl. nach Aufhebung der actio übrig bleibende nat. obl. genau denselben Inhalt hat, wie die vorher bestandene civ. obl.

Die Verschiedenheit dieser gleichmäßig begründeten Obligationen liegt aber in der Rechtswirkung des Obligationsactes, und nach dieser Seite hin, wo also das Charakteristische der nat. obll. hervortritt, beschreibt Theophilus in der Paraphrase[18]) dieselben in folgender Weise:

> Naturales (sc. stipulationes) sunt, quae neque actionem pariunt, neque condemnationem inferunt. Duo tamen insignia invenire licet, sc. quod solutio facta repetitionem non recipiat, et quod fidejussores dati et natura et lege teneantur. Est enim regula dictitans: quorum principales natura tenentur, horum fidejussores et natura et lege tenentur. — — Diximus, non solum

schäften zu zählen sind, haben auch wir sie mit genannt, eine nat. obl. aus einer communio incidens ist aber nirgends zu finden. Für Naturalobligationen aus Delicten beruft sich Brinz auf L. 9. §. 6. D. de pecul. (XV, 1), daß aber hier überall keine obl. anzunehmen, wird unten aus der Darstellung der Obligationen der Sclaven sich ergeben. — Holtius, a. a. O. verlangt für die Begründung der n. o. obligatorische Handlungen, im Gegensatz zu solchen, denen das positive Recht nicht eine obligirende Wirkung beilegt. (Vergl. oben S. 46); über die hier aufgeworfene Frage spricht er sich nicht aus.

18) ad §. 1. J. de fidejuss. (III, 20.)

in civilibus, sed etiam in naturalibus obligationibus fidejussores recte accipi. 19)

Aus dieser Darstellung ergiebt sich: Civilis und naturalis obligatio stehen einander in der Bedeutung von klagbarer und klagloser Obligation gegenüber; die klaglose obl. ist wie die klagbare durch einen civilen Act, die stipulatio begründet. 20) Ferner ist ersichtlich, daß die nat. obl. auch als in der civilis enthalten zu betrachten ist, denn die fidejussores sollen zugleich civiliter und naturaliter verhaftet sein. —

Die nat. obl. wird nun nach zwei Richtungen hin erläutert, indem nämlich einmal gesagt wird, was ihr fehlt im Vergleich mit der civ. obl., und sodann worin ihre positive Bedeutung im Recht liegt. Aus beiden zusammengenommen muß sich das Wesen der nat. obl. ergeben.

Die nat. obl. erzeugt keine actio und führt zu keiner condemnatio; das Letztere ist offenbar nur eine Consequenz des Ersteren, und man kann deshalb schon allein bei dem Satze stehen bleiben, die n. o. entbehre der actio. Actio ist Klage, Klagerecht, Forderungsrecht, denn Forderungsrecht ist wesentlich Klagerecht, kann ohne die Klagebefugniß nicht gedacht werden. 21) Es ist auch nicht etwa die Folge einer von den Römern aufgestellten „Gerichtsordnung" im Gegensatz der bei uns geltenden „Rechtsordnung," 22) daß sie das Forderungsrecht mit actio bezeichnen, sondern es liegt das in der Natur der Sache; überall wo das Forderungsrecht geltend gemacht wird, geschieht es in Form einer Klage oder doch unter unmittelbarer Hinweisung auf eine solche, und erst durch das Klagerecht erscheint das Fordern als Übung eines Rechts, weil ohne die Klagbe-

---

19) Nach der Uebersetzung von Reitz.

20) Der den im Text abgedruckten Worten des Theophilus unmittelbar vorhergehende Satz lautet: Stipulationes aliae sunt civiles, aliae naturales: civiles quidem ex quibus actiones nascuntur, quae adversus obligatum motae efficiunt, ut condemnetur: ac solutio ex iis facta repetitionem haud recipit: nam si a reo invito quid exigitur, is solvens repetere non poterit.

21) Vergl. oben S. 1. und S. 98.

22) Vergl. Windscheid, a. a. O. S. 3.

fugniß der von dem Fordernden in Anspruch Genommene nicht gehalten ist, dieser Forderung Genüge zu leisten.[23])

Die actio, das Forderungsrecht, ist aber ferner das einzige Recht, welches aus der obligatio hervorgeht; in welcher Gestalt auch immer die Befugniß des Gläubigers auftreten mag, es ist immer nur das Recht zu fordern, das jus exactionis,[24]) unter welchem Namen das ganze Recht aus der obligatio zusammengefaßt wird. Es ergiebt sich das wieder aus dem Begriff der obligatio, denn ist dieselbe ein vinculum juris, durch welches der debitor zu einem debere verbunden ist, so kann das Recht des anderen Interessenten nichts Anderes sein, als die Befugniß diese solutio zu fordern.[25])

Wenn daher die nat. obl. eine obligatio ohne actio ist, so entbehrt sie nicht blos der wirklichen Klage und der Möglichkeit, daß die solutio durch condemnatio erzwungen werden kann, sondern überhaupt des Forderungsrechts, und ist demnach eine obligatio, aus welcher überall kein Recht entsteht, eine obligatio ohne alle Rechtswirkung. Mit der actio fällt dann aber auch selbstverständlich das debitum weg und die Naturalobligation verliert, so scheint es, jeden Anspruch auf die Benennung einer obligatio im rechtlichen Sinne. Um in der Naturalobligation überhaupt die rechtliche obligatio zu retten, scheint kein anderer Ausweg übrig zu bleiben, als daß man die actio, welche der nat. obl. fehlt, in einem engeren Sinne versteht, bei welchem nicht jede rechtliche Wirkung der n. o. ausgeschlossen wird. Und in der That ist dieses mehr oder weniger klar die Ansicht der herrschenden Theorie, sie zeigt sich in der besonders betonten Behauptung, die nat. obl. könne durch exceptio und durch compensatio geltend gemacht werden, und ferner auch in der den Neueren ziemlich geläufigen Bezeichnung einer „Naturalforderung." Allein diese Auffassung entbehrt jeden Grundes; es läßt sich vielmehr auf das Bündigste nachweisen, daß der nat. obl. die actio im vollsten Sinne des Wortes fehlt, daß die

23) Vergl. Brinz, Pand. §. 128. S. 551.

24) L. 6. §. 2. C. de bon. quae lib. (VI, 61.)

25) Vergl. u. A. Brinz, Pand. §. 124 ff.

nat. obl. wirklich eine obl. ohne Forderungsrecht, ohne jedes Recht des Gläubigers ist.

Den bezeichnendsten Ausdruck hat dies in den Quellen bei Ulpian gefunden, welcher der nat. obl. überhaupt den creditor abspricht.

> L. 10. D. de V. S. (L, 16.) Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacunque actione vel persecutione, vel jure civili, sine ulla exceptionis perpetuae remotione, vel honorario, vel extraordinario, sive pure, sive in diem, vel sub conditione. Quodsi natura debetur, non sunt loco creditorum. Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur. (Ulp. lib. 6. ad Ed.) 26)

Der Ausdruck: creditor und ebenso das vollkommen gleichbedeutende Wort: Gläubiger, paßt eigentlich nicht auf jeden Forderungsberechtigten, sondern nur auf den, welcher durch Creditiren, und namentlich durch Hingabe einer mutua pecunia ein Forderungsrecht erworben hat. Nach der angeführten Stelle soll aber nicht nur wo ein mutuum, sondern auch wo ein anderer Contract vorliegt, und welcher Art immer die actio, das Forderungsrecht sei, der Berechtigte creditor heißen, ebenso wie auch wir in allen diesen Fällen von einem Gläubiger reden. Creditor ist Jeder, der eine actio hat. 27) Diesen Satz führt der Jurist weiter aus, indem er alle Arten von actiones aufzählt, die actio und die persecutio, die actio ex jure civili, honorario und extraordinario, bei den actiones ex jure civili, bei denen allein eine solche exceptio vorkommen kann, 28) wird noch hinzugefügt: sine ulla exceptionis perpetuae remotione wonach also dem zur actio Berechtigten im entgegengesetzten

26) Eine erklärende Wiederholung des letzten Satzes giebt die gleich folgende Stelle: L. 11. eod. Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur. (Gai. lib. 1. ad Ed. provinc.)

27) L. 42. §. 1. D. de O. et A. (XLIV, 7.) Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent (sic tamen, ne exceptione summoveantur) vel honorariam, sed in factum. (Ulp. lib. 21. ad Ed.)

28) Vergl. Huschke, Ztschr. f. Civilrecht und Proceß Bd. XX. S. 237.

Fall der Name eines creditor nicht zukommt.[29]) Hieraus ist ersichtlich, daß creditor und actio nicht rein formell als Berechtigung zur Erhebung der Klage aufgefaßt wird, denn in diesem Sinne ist die actio auch trotz der exceptio vorhanden, ein eigentliches Forderungs recht existirt aber in solchem Falle nicht, weil der qui exceptione tutus est Nichts schuldet, so daß er sogar das ohne Beachtung der exceptio irrthümlicher Weise Gezahlte condiciren kann.[30]) Eine dilatorische Einrede schließt dagegen das Forderungsrecht nicht aus; derjenige cui sub die debetur ist auch vor Eintritt des dies ein creditor, es wird hier also ein Forderungsrecht angenommen, auch ehe es geltend gemacht werden kann. Die Möglichkeit der Geltendmachung ist freilich wesentlich für den Begriff eines Forderungsrechts, wo daher diese Möglichkeit definitiv und für immer abgeschnitten, da kann kein Forderungsrecht existiren,[31]) bei der obl. sub die ist aber diese Möglichkeit von einem demnächst eintretenden Zeitpunkt an gewiß; wegen dieser Gewißheit ist auch schon vor Eintritt des dies dem Gläubiger ein Forderungsrecht zugeschrieben, und dieser Umstand zeigt wieder, daß die Römer die actio als ein Recht gedacht haben, welches existent wird, sobald die erforderlichen Voraussetzungen zu seiner Begründung vorhanden, einerlei, ob die Möglichkeit der Realisation schon völlig da war oder nicht.[32]) — Endlich aber geht der Jurist noch weiter, und

---

29) L. 55. D. de V. S. (L, 16.)

30) L. 40. D. de cond. ind. (XII, 6.) Vergl. Brinz, Pand. S. 133.

31) Vergl. auch Brinz, krit. Blätt. nr. 3. S. 7 f.

32) Vergl. Huschke, Gaius. S. 180. — Die obligatio sub die ist vor Eintritt des dies der nat. obl. äußerst ähnlich; das solutum kann nicht als indebitum condicirt werden — L. 10. 16—18. 56. D. de cond. ind. (XII, 6) —, eine solche Schuld kann ferner novirt und constituirt werden — L. 76. §. 1. L. 89. D. de V. O. (XLV, 1.) L. 3. §. 2. L. 4. D. de pecun. const. (XIII, 5), ebenso kann für dieselbe giltig ein Pfand und eine Bürgschaft bestellt werden — L. 5. pr. D. de pignorib. (XX, 1.) L. 16. §. 3. D. de fidejuss. (XLVI, 1); aber dennoch ist die obl. in diem von der nat. obl. wohl zu unterscheiden, jene ist zum Theil mehr, zum Theil weniger; mehr ist sie in sofern, als die obl. sub die ein dari oportet, eine wenn auch nicht jetzt, so doch demnächst sicher auszuübende actio enthält — L. 7. D. de compens. (XVI, 2),

spricht auch demjenigen, cui sub conditione debetur den Namen eines creditor und damit die actio zu, allein wie hier von einem debere, von einer obligatio überhaupt nur die Rede sein kann in dem Sinne, daß durch den Obligirungsact die Parteien dermaßen an einander gebunden sind, daß sie, wenn die conditio eintritt, von selbst obligirt sind, sich also dem Verlauf der conditio und der etwa dadurch entstehenden obligatio nicht mehr entziehen können, so kann auch nur in demselben Sinne, daß mit der Existenz der conditio die actio entsteht und, wie die obligatio, auf den Zeitpunkt des Obligationsacts retrotrahirt wird, schon vorher von einer actio die Rede sein.[33])

Allen diesen Fällen, in denen eine actio begründet ist, gegenüber heißt es dann: quod si natura debetur, non sunt loco creditorum. Ist aber in der nat. obl. kein creditor vorhanden, so kann nach dem Vorstehenden in der nat. obl. überhaupt kein Forderungsrecht enthalten sein, derjenige cui natura debetur kann nicht nur nicht ein ihm etwa zustehendes Recht aus der obl. auf dem Wege der Klage geltend machen, sondern er hat überhaupt kein Recht, und wird daher auch in den Quellen immer nur mit der angegebenen Bezeichnung oder mit ähnlichen Wendungen genannt.[34])

---

weniger, weil das debitum sub die nicht wie das nat. deb. zur Compensation gebraucht werden kann. Die Zeitbestimmung bei der actio hindert die Compensation, weil dieselbe dem Inhalt des Rechtsgeschäfts entgegenlaufen würde, der völlige Mangel der actio dagegen, da er nicht aus einer vertragsmäßigen Beschränkung hervorgegangen, hindert denjenigen, cui debetur, nicht, den Inhalt der n. o. als gezahlt zu betrachten, um sich darauf zum Zweck der Abweisung der Klage des debitor zu berufen.

33) L. 54. 55. D. de V. S. (L, 16.) Auch die bedingte Obligation ist der naturalis in manchen Beziehungen ähnlich, aber doch noch mehr als die obl. sub die von derselben zu unterscheiden.

34) Die Bezeichnung creditor für denjenigen cui nat. debetur, findet sich nur bei der nat. obl. aus dem mutuum des filius familias contra SCtum. Maced. — L. 9. §. 1. D. ad SC. Maced. (XIV, 5.) L. 14. D. de R. C. (XII, 1), — bei welchem aber auch formell die actio vorhanden ist. In L. 94. §. 3. D. de solut. (XLVI, 3), wo es sich um eine civ. und eine nat. obl. handelt, wird das gebrauchte Wort creditum ausdrücklich als nur auf die civ. obl. bezüglich hingestellt.

Daß in diesem vollsten Umfange der nat. obl. die actio fehlt, wird auch dadurch bestätigt, daß keine Art der Äußerung und Geltendmachung des gläubigerischen Rechts jemals für eine nat. obl. vorkommt, sondern vielmehr einige dieser Geltendmachungen sogar ausdrücklich als bei einer n. o. unanwendbar bezeichnet werden.

Der Gläubiger kann sein Forderungsrecht nicht blos auf gerichtlichem Wege geltend machen, sondern es steht ihm auch zu, auf privatem Wege gegen den debitor vorzugehen, von ihm Zahlung zu fordern, ihn zu interpelliren. Diese außergerichtliche „Anforderung" hat dieselben rechtlichen Folgen, wie die Erhebung der actio, sie versetzt den debitor in mora, und die Rechtswirkung der mora ist, wie die der litis contestatio, die perpetuatio obligationis.[35]) Eine wirkliche Erfüllung der obligatio herbeizuführen, wie im weiteren Verfolg die gerichtliche Klage, ist freilich die interpellatio nicht im Stande, allein sie bewirkt durch diese perpetuatio, daß wenn demnächst durch freiwillige oder gerichtlich erzwungene Leistung die obl. getilgt werden soll, dieses in der Weise und dem Umfang geschehen muß, daß für den Berechtigten das gleiche Resultat herauskommt, als wäre sofort auf seine interpellatio die Zahlung erfolgt.[36])

Ist aber die interpellatio nur Übung des Forderungsrechts, so ist sie rechtlich nur möglich, wo eine actio vorhanden, und ferner nur dann, wenn der Geltendmachung der actio kein rechtliches Hinderniß im Wege steht. Darum hat eine vorzeitige interpellatio keine Rechtsfolge, und bei einer nat. obl. ist überhaupt keine rechtswirksame interpellatio möglich, für den nat. debitor kann keine rechtsgiltige mora begründet werden.

> L. 127. D. de V. O. (XLV, 1.) Si pupillus sine tutoris auctoritate Stichum promittat, et fidejussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fidejussor erit propter pupilli moram

---

35) Das Nähere darüber, sowie überhaupt über den Zusammenhang zwischen dem „Forderungsrecht und der Anforderung" s. bei Brinz, Pand. §. 128 und den dort Angef.

36) L. 40. pr. D. de H. P. (V, 3.) Ausführlicher bei Mommsen, Beiträge Abth. III. §. 19 ff.

obligatus; nulla enim mora intelligitur ibi fieri, ubi nulla petitio est;[37]) esse autem fidejussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur, vel ex mora sua postea. (Scaevol. lib. 5. Quaest.)

Der pupillus, welcher aus seiner promissio jedenfalls nicht klagbar obligirt ist, hat die versprochene Leistung verzögert (— moram fecit in rein factischem Sinn —), nach eingetretener Verzögerung ist das zu leistende Object casu untergegangen, die Leistung selbst also unmöglich geworden. Unter diesen Umständen ist nicht nur der pupillus befreiet, sondern auch der fidejussor haftet nicht wegen der mora pupilli. Wäre hier eine rechtliche mora vorhanden, so müßte in Bezug auf den fidejussor die Entscheidung gerade umgekehrt ausfallen, denn es sagt

L. 24. §. 1. D. de usur. (XXII, 1.) Quum reus moram facit, fidejussor tenetur. (Paul. lib. 37 ad Ed.)[38])

Der Grund der Entscheidung der L. 127. cit. liegt darin, daß bei dem Mangel der actio die mora des pupillus rechtlich irrelevant ist; ex sua mora ist dagegen der fidejussor allerdings verhaftet, weil er, auch für eine nat. obligatio klagbar verpflichtet ist. Wäre freilich nach eingetretener mora des pupillus das Object der obl. noch vorhanden, so müßte der fidejussor dieses leisten, allein das ist durch den Tod des servus weggefallen und so der fidejussor auch liberirt.[39])

Ebensowenig aber, wie die actio an die gewöhnliche Geltendmachung gebunden, ist sie es auch bei dieser an die bestimmte processualische Form der Klage, sondern jede Form, welche sich zur Herbeiführung der Realisation des Forderungsrechts tauglich erweist, kann vom Gläubiger angewandt werden und gilt dann

---

37) Dieser Satz ist wiederholt in L. 88. D. de R. J. (L, 17.)

38) Vergl. auch L. 88. D. de V. O. (XLV, 1.)

39) Die beiden Fälle, in denen eine mora ohne interpellatio (mora ex re) vorkommt, stehen unter denselben Regeln. Gegen den Abwesenden wird die Interpellation eben wegen der factischen Unmöglichkeit erlassen, das setzt aber voraus, daß die rechtliche Möglichkeit vorhanden ist. Es kann also bei natt. obll. auch nicht eine solche mora ex re vorkommen. Bei der obl. des fur kommt die Frage nicht in Betracht, da diese immer klagbar ist. Sublata actione fehlt aber auch hier wieder das Recht zur Interpellation. — Mommsen, a. a. O. §. 9 ff.

als Übung des Forderungsrechts. So kann namentlich diese Geltendmachung auch geschehen in Form einer Einrede, einer exceptio; das Forderungsrecht ist, wie Klagerecht, so auch Exceptionsrecht. Auf den ersten Blick scheint allerdings nur die Klage, die petitio, die zur Durchführung eines Forderungsrechts geeignete processualische Form, und es scheint die Stellung eines Excipienten, eines Vertheidigers, zur Erreichung dieses Zweckes untauglich, da der aus der obl. Berechtigte bei gerichtlicher Geltendmachung seines Rechts nothwendig die Stellung eines Klägers einnehmen muß. Demgemäß finden wir auch in den Quellen actio und exceptio als zwei von einander verschiedene Dinge hingestellt:

> L. 8. §. 1. D. de V. S. (L, 16.) Actionis verbo non continetur exceptio (Paul. lib. 3. ad Ed.);

aber daß man es für nöthig erachtete, dieses scheinbar sich von selbst Verstehende noch besonders auszusprechen, deutet schon darauf hin, daß doch in irgend welchem Sinn die exceptio als in der actio enthalten gedacht werden muß. Daß das wirklich der Fall, zeigt

> L. 156. §. 1. D. de R. J. (L, 17.) Cui damus actionem, eidem et exceptionem competere multo magis quis dixerit. (Ulp. lib. 70. ad Ed.)

In beiden Stellen ist actio von der Klage, der petitio zu verstehen, diese ist ein Anderes als die exceptio, aber beide, actio und exceptio, sind Folgen der actio im materiellen Sinn und wer ein Forderungsrecht hat, dem steht damit nicht nur die petitio, sondern ebenso und weit mehr noch die Befugniß der exceptio zu.

Daß nun ein Gläubiger sein Forderungsrecht in der Form einer exceptio geltend mache, ist nur möglich, sobald er in die Stellung der Verpflichteten, des Beklagten kommt, und zwar gerade in dieser seiner Eigenschaft als Berechtigter. Das tritt aber nur unter ganz besonderen Umständen ein, so z. B. wenn das Forderungsrecht des Gläubigers auf Befreiung von einer ihm anderweitig obliegenden Verpflichtung gerichtet ist. Eine solche obligatio bietet die liberatio legata; hier hat der Legatar gegen den Erben eine actio auf Liberirung von der betreffenden Schuld durch Acceptilation oder Pactum, er kann

aber auch sein Recht auf Befreiung völlig realisiren durch exceptio, falls der Erbe aus jener obligatio, von welcher der Schuldner durch das Legat frei sein sollte, Klage erhebt.[40]) So erscheint hier die exceptio in der actio enthalten, die Vorbringung der exc. ist Geltendmachung des Forderungsrechts.

Ein ähnliches Verhältniß tritt da hervor, wo einem Obligationsinteressenten aus irgend welchem Rechtsgrunde ein Anspruch auf Rescission der obligatio zusteht. Dieses Recht kann durch petitio und durch exceptio zur Geltung gebracht werden, und welche von beiden Formen in concreto anwendbar, hängt davon ab, in welchem Stadium die betreffende Obligation sich befindet. Ist dieselbe von dem zur Rescission Berechtigten bereits erfüllt, so geht sein Anspruch nicht blos auf Befreiung, sondern auf Rückgabe des von ihm Geleisteten event. auf Schadloshaltung, und kann dann nur im Wege und in der Form einer petitio geltend gemacht werden; ist dagegen die erwähnte Leistung noch nicht geschehen, so ist der Anspruch lediglich auf Befreiung gerichtet, und kann daher auch in der Form der exceptio realisirt werden, ja, es wird dieses dann die allein anwendbare Form sein, da kein Interesse für den Berechtigten existirt, eine Klage auf Befreiung zu erheben. Einen derartigen Rescissionsanspruch gewährt das Aedilitische Edict, indem es dem Käufer wegen heimlicher Mängel der gekauften Sache ein Recht auf Redhibition oder Abminderung des Preises zugesteht, welches, je nachdem, durch actio und durch exceptio geltend gemacht wird.[41]) Ebenso wird jedes andere Rescissionsrecht z. B. des einen Kaufinteressenten wegen dolus des anderen Contrahenten, des Verkäufers wegen laesio enormis, je nach Lage der Sache durch actio oder durch exceptio zu realisiren sein.[42]) — Daß eine solche exceptio demjenigen cui naturaliter tantum debetur nicht zustehen kann, versteht sich nach dem Vorstehenden von selbst.

Man darf aber noch weiter gehen und behaupten, daß auch ganz allgemein die exceptio als das minus da gegeben

---

40) L. 3. §. 3. D. de liberat. legat. (XXXIV, 3.)

41) Vergl. auch L. 59. §. 1. D. de aedil. ed. (XXI, 1.)

42) Aehnlich ist auch das Recht der querela und exceptio non numeratae pecuniae.

sei, wo das plus der petitio vorhanden, insofern als jeder Gläubiger nicht blos die Realisation seiner Forderung beanspruchen, sondern auch zugleich mit einer exc. doli alle gegen ihn erhobenen Ansprüche zurückweisen kann, deren Durchführung der Realisation seines Forderungsrechts direct oder indirect hinderlich sein würde. Die Voraussetzung dieser neben der actio und mit derselben jedem Gläubiger zustehenden exceptio ist lediglich die, daß zwischen den Ansprüchen, um deren Collision es sich handelt, eine Connexität stattfindet, und zwar eine sachliche, nicht blos die, welche durch die Identität der Personen in beiden Obligationen gegeben ist. In diesen Fällen ist aber die exceptio nicht die Übung des Forderungsrechts, denn dieses bleibt durch Anwendung der exceptio unberührt, auch ist zur Begründung der exceptio durchaus nicht nothwendig eine actio erforderlich, vielmehr kann auch ohne ein Forderungsrecht des in Anspruch Genommenen die Erhebung einer actio gegen diesen Letzteren sich als dolus erweisen und somit die exceptio begründen.[43]) Diese exceptio kann daher, wenn die Umstände es mit sich bringen, möglicher Weise auch demjenigen zustehen cui natura debetur, allein man kann darum die exceptio nicht eine Wirkung oder eine Rechtsfolge der nat. obl. nennen, eben so wenig wie sie eine solche für die obligatio überhaupt ist, und sonach müssen wir den schon ausgesprochenen Satz wiederholen, daß die exceptio niemals als Folge der nat. obl. vorkommen kann. In einer Beziehung könnte dieses vielleicht Bedenken erregen, nämlich hinsichtlich der, wenigstens in früherer Zeit in Form einer exceptio geltend zu machenden Compensation. Daß auch mit einem naturale debitum compensirt werden kann, ist schon bemerkt, und ebenso daß in der Compensation eine Geltendmachung der obligatio liegt; allein die im früheren Recht zur Compensation erforderliche exceptio war nichts als die gewöhnliche exceptio doli;[44]) lediglich der Um-

---

43) Die exceptio ist nicht überall der Ausdruck eines Rechts des Excipienten wie in den obengenannten Fällen, sondern auch oft, und meistens nur der processualische Ausdruck für die Schlechtigkeit des Rechts des Gegners — vergl. Brinz, a. a. O. §. 39 ff.

44) §. 30. J. de actt. (IV, 6.)

stand, daß die beiden betreffenden Obligationen auf Leistungen von Sachen ejusdem generis gerichtet sind, und daß der dolus erst sich herausstellt durch Angebot der Abrechnung, d. h. Fallenlassen des Anspruchs, Annahme, daß die zu Gunsten des Beklagten lautende Obligation erfüllt sei, bewirkt, daß die Erhebung der exc. doli in diesem Fall sich als wirkliche Geltendmachung der obl. darstellt, an sich ist sie aber darum nichts desto weniger nur die Abweisung der actio weil die Erhebung derselben gegenüber dem Angebot des Beklagten sich als dolos herausstellt.[45] Im weiteren Verlauf der Rechtsbildung ist dann die Compensationsbefugniß von der Seite aufgefaßt, daß die Abrechnung als wirkliche solutio zu betrachten, das Compensationsrecht daher nur das Recht des Schuldners sei, die solutio durch Abrechnung zu bewirken und dem klagenden Gläubiger gegenüber zum Zweck der Abweisung seiner Klage sich darauf zu berufen.[46] Darum steht denn auch, wie unten noch auszuführen, der Mangel der actio der Compensirbarkeit nicht entgegen. —

Ist aber das Recht des Gläubigers ein von jeder Geltendmachung in irgend welcher Form unabhängiges, existirt es wie jedes andere Recht lediglich schon durch die vorhandene Begründung, und bildet es auch noch unausgeübt einen Bestandtheil seines Vermögens, so müssen wir dem Gläubiger auch ein Dispositionsrecht, eine Veräußerungsbefugniß in Bezug auf dieses Recht zugestehen, soweit die Natur dieses Rechtes überhaupt eine Veräußerung und Übertragung gestattet. An sich scheint bei dem Forderungsrecht begriffsmäßig eine solche Übertragung ausgeschlossen zu sein, und wenn wir dieselbe dennoch zugelassen finden, so geschieht die Übertragung doch nicht wie bei Sachen und den nicht an bestimmte Personen geknüpften dinglichen Rechten,[47] sondern das Römische Recht hat in Erwägung des unabweisbaren Bedürfnisses eines Verkehrs mit Forderungsrechten eigenthümliche Formen gefunden, welche einerseits das Wesen des Forderungsrechts beachten und andererseits doch dem

45) In diesem Sinne kann man trotz der von Brinz, Comp. §. 19, dagegen erhobenen Bedenken ein Compensiren per exceptionem annehmen.

46) L. 4. 21. D. de compens. (XVI, 2.)

47) Gai. II, §. 38. Das quod debetur ist gerade die actio.

Resultat nach wirklich Übertragung desselben auf den Erwerber herbeiführen. Diese Formen sind die Delegation und die Cession.

Die ältere von beiden ist die Delegation. Der Gläubiger überweist seinen Schuldner an einen Dritten — den Delegatar —, und weist zugleich diesen an, sich vom Schuldner — Delegaten — Zahlung leisten zu lassen; nachdem Beide diese Aufträge des Gläubigers — Deleganten — angenommen, contestiren sie mit einander litem oder schließen eine stipulatio auf den Inhalt der ursprünglichen obligatio. Es liegen also in der delegatio zwei von einander wohl zu trennende Rechtsgeschäfte, einmal die Überweisung des debitor und die Anweisung des Delegatars, welche von dem creditor, dem Deleganten, ausgeht, und darauf die Contrahirung des Delegators mit dem Delegaten, beide Geschäfte werden delegatio genannt, denn wenn es heißt:

> L. 17. D. de novat. (XLVI, 2.) Delegare scriptura vel nutu, ubi fari non potest, debitorem quis potest. (Ulp. lib. 8. ad Ed.);[48]

so ist damit nur die Thätigkeit des Deleganten gemeint, wogegen wenn gesagt wird:

> L. 11. §. 1. D. eod. Fit autem delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem (Ulp. lib. 27. ad Ed.);

so erscheint die Delegation als der Act des Delegatars und des Delegaten. Zu der vollen Delegation gehört aber Beides, und das Geschäft zwischen dem Delegatar und dem Delegaten ist die Hauptsache, denn die Übertragung des Forderungsrechts an den Delegatar wird hier erst dadurch bewirkt, daß dieser mit dem Delegaten durch Stipulation oder Litis-Contestation eine neue Obligation constituirt an die Stelle der alten des Deleganten; bis zu diesem Obligirungsact sind die Mandate des Deleganten widerruflich, das Forderungsrecht ist noch bei ihm. Nur unter dieser Voraussetzung des Abschlusses der neuen obl. kann man daher die Möglichkeit einer Delegation Seitens des Gläubigers eine Disposition über sein Recht nennen, denn die Ausübung dieses Rechts setzt stets die freie Einwilligung des debitor vor-

48) Ebenso in L. 11. pr. D. eod. Delegare est vice sua alium reum dare creditori, vel cui jusserit.

aus, und wird realisirt durch einen von dem Deleganten völlig unabhängigen Rechtsact. 49)

Aber noch mehr, wenn man auch, wo der Delegant ein Forderungsrecht hat, die Delegation in gewissem Sinn als ein Recht des Gläubigers bezeichnen kann, so ist die Delegation auch ohne jedes Forderungsrecht möglich, auch der cui natura debetur kann giltig delegiren, denn der Act, in welchem sich wesentlich die Delegation vollzieht, ist eine Novation der alten obligatio und zu einer Novation genügt auch eine naturalis obligatio. Die Delegation ist nicht sowohl Übertragung des Forderungsrechts als vielmehr von dem Gläubiger (auch dem nicht Forderungsberechtigten) veranlaßte Novation der obligatio, welche, wenn sie vom debitor mit einem Dritten vorgenommen wird, dem practischen Resultat nach eine Übertragung der obl. resp. der actio, wenn solche vorhanden, ist. Wenn also dem cui debetur die Befugniß zur Delegation zugestanden ist, so liegt darin nicht die Behauptung, daß demselben ein Recht ex obl. nat. zustehe.

Anders dagegen steht es mit der Cession, diese ist wirklich eine dem Gläubiger ausschließlich zustehende Befugniß, eine Disposition über sein Forderungsrecht, unabhängig von der Einwilligung des Schuldners und unmittelbar durch die Handlung des Gläubigers selbst wirksam. Gegenstand der Cession ist stets die actio des Cedenten, durch die Cession oder in Folge derselben wird nicht zwischen dem Cessionar und dem debitor

---

49) Wenn in den Quellen die delegatio der solutio gleichgestellt wird: delegatio solutionis vicem continet; solvit et qui reum delegat; qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, quanta ei debetur. — L. 8. §. 3. 5. D. ad SC. Vellej. (XVI, 1.) L. 37. §. 4. D. de operis lib. (XXXVIII, 1.) L. 21. §. 3. D. de ann. leg. (XXXIII, 1.) L. 18. de fidej. (XLVI, 1) — und wenn die delegatio als eine exactio pecuniae enthaltend bezeichnet wird — L. 187. D. de V. S. (L, 16), so ist dabei der gewöhnliche Fall vorausgesetzt, daß der Delegatar der Gläubiger des Deleganten ist; die Delegation enthält dann die Tilgung der Forderung des Delegatars. — Die Delegation ist unter diesen Umständen eine Disposition des Gläubigers — Deleganten — über sein Recht zum Zweck der Tilgung einer anderweiten ihm obliegenden Schuld. — S. auch Fitting, die Natur der Correalobligationen. S. 51. Anm. 57.

cessus eine neue obligatio begründet, sondern die actio des Cedenten wird die des Cessionars und nur soweit die obligatio in der actio enthalten ist, geht diese auf den Cessionar über, bleibt aber immer die ursprüngliche obligatio.[50]) Nach dem früheren Recht, welches noch nicht zur Auffassung des Forderungsrechts als eines von der Geltendmachung unabhängigen Vermögensrechtes gekommen war, trat die Cession noch nicht in dieser Weise hervor, sie wurde vielmehr dadurch bewirkt, daß der Gläubiger den Cessionar zum procurator (in rem suam) für die actio bestellte; dabei blieb die actio die des Cedenten und diese actio war es, welche vom Cessionar gegen den Schuldner geltend gemacht wurde, das practische Resultat für den Cessionar, die Übertragung der actio trat auch hier erst ein, wenn der cessus an den Cessionar wirklich zahlte, oder mit diesem eine neue obligatio abschloß durch stipulatio oder litis contestatio, der Unterschied gegen die delegatio lag nur darin, daß der debitor cessus zur litis contestatio mit dem Cessionar rechtlich verpflichtet war, weil dieser nur im Namen des Gläubigers auftrat, nur die ursprüngliche actio gegen den debitor erhob, und daß darum in der vom Gläubiger ausgehenden Ernennung des Cessionars zum procurator mehr als eine Anweisung zur Begründung einer neuen obligatio, nämlich eine wirkliche rechtsgiltige, von der Einwilligung des debitor unabhängige Disposition über das Forderungsrecht lag.[51])

Das neuere Recht dagegen läßt durch den Cessionsact das Forderungsrecht (im materiellen Sinn) selbst auf den Cessionar in der Weise übergehen, daß Letzterer nun der Forderungsberechtigte wird, und wie der Cedent bisher für das ihm zustehende, so nunmehr für sein Forderungsrecht die actio (im formellen Sinn) hat. Die Klage des Cessionars ist nicht mehr die des Cedenten, procuratorio nomine angestellt, sondern die eigene des Cessionars; dem Inhalte nach ist sie freilich ebenso wie sein Forderungsrecht der Klage und dem Forderungsrecht

50) Vergl. im Allgemeinen Windscheid, a. a. O. §. 15 ff. und Bähr, zur Lehre von der Cession, in Gerber's und Ihering's Jahrbüchern Bd. 1. S. 354 ff.

51) Bähr, a. a. O. S. 367.

des Cedenten vollkommen gleich, allein diese Gleichheit des Inhalts beweist ebensowenig, daß die Klage des Cessionars die des Cedenten sei, wie die völlige Gleichheit der vindicatio des nachfolgenden dominus mit der des vorhergehenden beweisen kann, daß jene vindicatio die des Letzteren sei. Das ältere Recht faßt bei der Cession das Forderungsrecht vorzugsweise als Klagebefugniß, das neuere dagegen läßt durch die Cession das Forderungsrecht selbst ohne Rücksicht auf die Form der Geltendmachung übergehen, so daß der Cessionar, ganz wie der ursprüngliche Gläubiger sein Recht in Form der Klage, oder der exceptio geltend machen kann. In beiden Gestalten ist aber das Forderungsrecht der Gegenstand der Cession, und daraus folgt von selbst, daß wenn die nat. obl. wirklich eine obligatio ohne Forderungsrecht im vollen Sinne des Wortes ist, dieselbe keinen Stoff für eine Cession bieten kann. Und wirklich finden wir auch nirgends eine Spur von einer Cessibilität der nat. obl.

Die herrschende Meinung nimmt indessen fast ohne Widerspruch das Gegentheil an, und beruft sich dafür theils auf vermeintliche Zeugnisse der Quellen, theils darauf, daß begriffsmäßig der Mangel der actio die Möglichkeit der Cession nicht ausschließe, mithin dieselbe auch bei der n. o. für zulässig erachtet werden müsse.[52])

Wenden wir uns zuerst zu diesen Quellenzeugnissen. Es sind:

L. 40. pr. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1.) Quamvis Senatus de his actionibus transferendis loquatur, quae jure civili heredi et in heredem competunt, tamen honorariae actiones transeant: nulla enim separatio est. Imo et causa naturalium obligationum transit. (Paul. lib. 20. ad Ed.)

und

L. 64. pr. eod. Si ejus pupilli, cui sine tutoris auc-

52) Vergl. Mühlenbruch, Cession. S. 252. — Puchta, in Weiske's Rechtslexikon s. v. Cession, Bd. II. S. 636. (Kleine civilistische Schriften S. 455.) Pandekten §. 280. not. d. v. Vangerow, Leitf. Bd. III. §. 574. Anm. 2. D'Avis und Arndts in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Neue Folge, Band X. nr. 5. S. 114 ff. — Arndts, Pandekten §. 254.

toritate pecunia credita est, restituta ex SCto mihi fuerit hereditas, si solvam creditori, non repetam; atquin heres, si post restitutionem solvat, repetet non ob aliud, quam quod ab eo in me naturalis obligatio translata intelligitur. (Maec. lib. 4. fideic.)

Der Beweis der Möglichkeit der Cession auch bei einer nat. obl. soll darin liegen, daß das von dem fideicommissarischen Erben Gesagte auch von jedem Cessionar gelten müsse, da der Übergang der Erbschaft auf den, welchem dieselbe als Fideicommiß restituirt worden, in ganz ähnlicher Art gedacht werden müsse, wie der Übergang der Forderungen von dem Erben auf den Käufer der Erbschaft, und überhaupt von dem Cedenten auf den Cessionar. In den angeführten Stellen seien nun aber die klaglosen Obligationen den klagbaren vollkommen gleichgestellt, und auch für sie die translatio bezeugt. Allein der Übergang der hereditas auf den Fideicommissar steht wohl hinsichtlich des Effects dem Übergang der obl. vom Cedenten auf den Cessionar gleich, nicht aber in Bezug auf die rechtliche Form des Überganges, da derselbe in jenem Fall auf Universalsuccession, in diesem auf Singularsuccession beruht. Außerdem aber kann die L. 64. cit. den behaupteten Beweis schon darum nicht erbringen, weil sie gar nicht von Übertragung einer Forderung, sondern von dem Übergang einer Schuld redet, weshalb dann auch der bei der Cession nicht vorkommende Ausdruck: translatio obligationis gebraucht ist. Daß aber in Bezug auf die Schuld die nat. obl. der civilis gleichgestellt ist, berechtigt noch nicht zu dem Schluß, daß ein activer Übergang durch Cession bewirkt werden könnte. In L. 40. cit. ist dagegen allerdings vom activen und passiven Übergang der actiones die Rede, und auch hier werden die nat. obll. den civiles gleichgestellt, wobei nur zu bemerken, daß der Jurist in Bezug auf die nat. obll. sich des besonderen Ausdrucks bedient: transit causa n. o., während er vorher die actiones als den Gegenstand der translatio genannt hat. Durch die Restitution eines Universalfideicommisses sollen, ebenso wie durch Beerbung, alle Vermögensverhältnisse auf den Fideicommissar in demselben Umfange übergehen, wie dieselben bei dem Fiduciar waren, ist nun die klaglose

Obligation trotz des Mangels der actio eine wirkliche obligatio, so muß auch diese durch die Restitution ebenso auf den Fideicommissar kommen, wie sie beim Fiduciar gewesen, d. h. derselbe muß ebenso, wie bisher der Fiduciar, naturalis debitor werden, oder ebenso wie dieser die Stelle dessen, cui natura debetur einnehmen, und es kann dieses, da hier kein Recht, und genau genommen auch kein debitum vorhanden, nur dadurch bewirkt werden, daß dem die nat. obl. begründenden Rechtsact die ihm zukommende Rechtswirkung, wie bis dahin für oder gegen den Fiduciar, so nun für oder gegen den Fideicommissar beigelegt wird, und gerade dieses ist genau ausgedrückt durch die Worte des Paulus: transit causa naturalium obligationum. Daß aber ein solcher Übergang nur bei Universalsuccession vorkommen kann, und daß darin, auch soweit es sich um die active Seite der Obligation handelt, keine Cession einer nat. obl. behauptet ist, liegt auf der Hand. Denn nur bei der Universalsuccession geht wirklich das Rechtsverhältniß selbst ganz und gar so wie es bei dem, cui succeditur, war, auf den Successor über, also auch wenn der frühere Träger desselben durchaus kein Recht hatte, die Cession dagegen, als eine durch den Übertragungsact selbst begründete Singularsuccession, kann sich nur auf das vom Cedenten Gegebene erstrecken, dieser kann aber nur geben, was er selbst hat, was sein Recht ist, also bei der obligatio die actio, diese aber fehlt bei der nat. obl.

Ein anderes Zeugniß für die Möglichkeit der Cession einer nat. obl. sieht Mühlenbruch[53]) in

> L. 17. D. de hered. vel act. vend. (XVIII, 4.) Nomina eorum, qui sub conditione, vel in diem debent, et emere et vendere solemus. (Ulp. lib. 43. ad Ed.)

Die Stelle zeigt allerdings, daß auch künftige und bedingte Forderungen, also selbst solche, deren Existenz noch nicht einmal feststeht, cedirt werden können, womit in letzterem Fall dann aber natürlich nur, wenn die Bedingung wirklich existent wird, dem Cessionar Etwas zugewandt ist, der Gegenstand der Cession vorher also eigentlich nur die erwartete Forderung, die spes futurae actionis ist.

53) A. a. O. S. 254.

L. 3. C. de donat. (VIII, 54.) Spem futurae actionis — — posse transferri, non immerito placuit. (Decius.)

Das Besondere dieser Cession ist hier durch das placuit angedeutet, und auf dasselbe mag auch das solemus in L. 17. cit. sich beziehen. Auf die Cessibilität einer nat. obl. ist von hier aber ein Schluß nicht gestattet, denn jene Obligationen sind nach L. 10. D. de V. S. von den nat. obll. noch zu unterscheiden, bei jenen ist eine actio vorhanden, bei diesen nicht, auch nicht einmal eine spes actionis, und darum ist es denn für diese Frage völlig gleichgiltig, daß die Rechtswirkung einer obl. sub die vor Eintritt des dies, der der nat. obl. im Wesentlichen gleich ist. Daß es für die Frage über die Cessibilität auf diese Wirkung überhaupt gar nicht ankommt, zeigt die völlig gleiche Behandlung der bedingten Obligation in Bezug auf diesen Punkt, welche doch nicht die gleiche Rechtswirkung hat wie die betagte.[54])

Eine Unterstützung soll die Annahme der Möglichkeit einer Cession auf Grund der nat. obl. endlich auch noch durch diejenigen Stellen erhalten, nach denen der Inhalt einer nat. obl. sowohl von dem Schuldner demjenigen, cui debetur, als auch von diesem einem Dritten legirt werden kann.[55]) Zur Giltig-

---

54) L. 16. D. de cond. ind. (XII, 6.) Mühlenbruch scheint die L. cit. nur auf bestimmt und unbestimmt betagte Forderungen zu beziehen, zu welcher Beschränkung indessen kein Grund vorhanden. — Vergl. über die Stelle auch D'Avis, a. a. O. S. 116.

55) Vergl. Mühlenbruch, a. a. O. S. 254. not. 16. Die Stellen sind: L. 40. §. 3. D. de demonstr. et condit. (XXXV, 1.) Dominus servo aureos quinque sic legaverat: heres meus Sticho, servo meo, quem testamento liberum esse jussi, aureos quinque, quos in tabulis debeo, dato, nihil servo legatum esse, Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset. Ego puto, secundum mentem testatoris naturale magis, quam civile debitum spectandum esse; et eo jure utimur (Javol. lib. 2. ex Posterior. Labeon.). — L. 25. §. 1. D. quando dies leg. (XXXVI, 2.) Heres meus Titio dato quod mihi Sejus debet. Si Sejus pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset, nec locupletior factus esset, et petitor ad praesens debitum verba retulit; quia nihil (S)ejus debet, nullius momenti legatum erit. Quod si verbo debiti naturalem obligationem et futuram

keit eines legatum debiti gehört ein debitum. Servius, der ältere Jurist, hielt noch an dem strengern Begriff von debitum fest, erkannte ein solches nur da an, wo eine actio auf dasselbe bestand, bestritt also die Giltigkeit eines legati debiti naturalis; Javolenus dagegen, indem er auch ohne actio ein debitum annimmt, kommt zu dem entgegengesetzten Resultat. Die practische Bedeutung dieses legatum naturalis debiti von Seiten des debitor an denjenigen, cui debetur besteht darin, daß der Legatar nun auf den Inhalt der nat. obl. eine actio erhält, allein wie in dieser Möglichkeit der Constituirung einer actio für das nat. debitum von Seiten des Schuldners eine Andeutung für die Möglichkeit einer von Seiten dessen cui debetur vorzunehmenden Cession liegen kann, ist nicht wohl einzusehen.[56] In dem Falle der L. 25. §. 1. cit. geht aber allerdings das legatum nat. debiti von demjenigen cui debetur aus, hier wird indessen ausdrücklich hervorgehoben, daß das Legat nicht sowohl für ein legatum debiti zu halten — offenbar weil ein wirkliches debitum, worüber zu disponiren der Erblasser ein Recht hätte, nicht vorhanden — sondern als ein Legat dessen, was der nat. debitor freiwillig gezahlt haben werde; es liegt also gar nicht eine Disposition über die obligatio, sondern vielmehr über das sich vielleicht ergebende Resultat derselben vor, und es ist die aus dieser Stelle zu entnehmende Unmöglichkeit einer Legirung der nat. obl. Seitens dessen cui debetur eher ein Argument gegen, als für die Annahme der Cessibilität solcher Obligation.

Alle diese Versuche, die Cessibilität der nat. obl. aus einzelnen Quellenzeugnissen zu erweisen, gehen aber von der Annahme aus, daß der Mangel der actio nicht schon mit Nothwendigkeit die Cession ausschließe. Und wenn die der nat. obl. fehlende actio nicht das ganze Recht des Gläubigers in sich schließt, so läßt sich allerdings eine Cession gerade dieses außer der actio noch vorhandenen Rechts denken. Von diesem Stand=

---

solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacita conditio inserta sit: non secus ac si dixisset, Titio dato, quod pupillus solverit; — — (Pap. lib. 18. Quaest.)

56) Vergl. auch D'Avis, a. a. O. S. 115.

punkte geht Mühlenbruch aus. Er definirt die Cession, als jede Thatsache, wodurch Jemand ein selbständiges Recht auf die Geltendmachung eines fremden Klage- oder Exceptionsrechts als successor singularis erhält; der nat. obl., meint er dann ferner, fehle nur das Klagerecht, folglich sei bei derselben noch das Exceptionsrecht als Gegenstand einer Cession vorhanden, allein daß diejenige exceptio, welche allein als unmittelbare Folge der obl. angesehen werden kann, eben nur das Klagerecht selbst in Form der Vertheidigung ist, wurde oben schon ausgeführt, und wenn demnach der Mangel der actio auch zugleich den der exceptio in sich schließt, so ist auf diesem Wege bei der nat. obl. kein Gegenstand für die Cession herzustellen.

In etwas anderer Weise sucht Arndts in der bereits angeführten Abhandlung[57] die Cessibilität der nat. obl. darzuthun, allein auch dieser Versuch muß für verfehlt erklärt werden. Arndts argumentirt folgender Maßen: Cession der Klage — mandatum ad agendum — ist wesentlich Übertragung des Klagerechts; allein dieses ist nur ein Moment in dem Begriffe der Cession einer Forderung; das Nächste ist, daß der Gläubiger dem Cessionar die Vollmacht giebt, Erfüllung der Forderung vom Schuldner in Empfang zu nehmen und zu behalten, wodurch zugleich der Letztere (der Schuldner) ermächtigt wird, an Jenen zu zahlen. Diese Vollmacht giebt aber zugleich die Befugniß, in anderer Weise über die Forderung zu verfügen, mit dem Schuldner darüber Rechtsgeschäfte abzuschließen, welche ohne Zahlung diesen befreien, z. B. novatio und acceptilatio der neuen obligatio. Ebenso ist unzweifelhaft datio in solutum, pactum de non petendo, also auch Vergleich und Compromiß zwischen dem Cessionar und dem debitor cessus möglich, mit der Wirkung, daß der ursprüngliche Gläubiger dieselben gegen sich gelten lassen muß. Abgesehen von dem mandatum ad agendum ist daher der ganze Inhalt des Cessionsbegriffs auf die nat. obl. ohne Schwierigkeit anwendbar. Bei den nur per exceptionem klaglosen Obligationen kann sogar die Cession auch als mandatum ad agendum vorkommen, nur daß dann der actio des Cessionars dieselbe Einrede (z. B. ex

57) A. a. O. S. 123.

SCto. Macedon.) entgegensteht, wie der actio des Cedenten. Es kann also wirklich die klaglose Obligation cedirt werden, und wenn der Schuldner, ohne den Versuch der Klage abzuwarten, die Forderung anerkannte, ganz derselbe Erfolg eintreten, wie wenn eine klagbare Obligation cedirt wäre. Es ist z. B. nicht im mindesten zweifelhaft, daß nach classischem Recht sowohl Novation mit dem Cessionar, als auch Zahlung an denselben, die Naturalforderung tilgt. Nur die Compensation mit einer cedirten Naturalforderung ist unzulässig, allein dieses hat seinen Grund darin, daß weil der Cedent keine actio hatte und daher nur gegen eine Forderung des nat. debitor hätte compensiren können, so würde man, wollte man auch dem Cessionar gestatten, gegen eine Forderung des nat. debitor an ihn, den Cessionar, zu compensiren, die Stellung des debitor durch die Cession verschlechtern, was nicht zulässig.

So Arndts. Die einzelnen von ihm aufgestellten Punkte sind durchaus richtig, sie beweisen aber nicht die Cessibilität der nat. obl. Die Möglichkeit einer Cession in den Fällen, in welchen die obligatio per exceptionem klaglos wird, muß allerdings zugegeben werden, allein doch nur in demselben Sinn, in welchem eine solche actio trotz der entgegenstehenden exceptio eine actio ist. In diesen Verhältnissen ist aber actio nicht Forderungsrecht, sondern nur die leere Form eines solchen, welche aus irgend einem äußern Grunde noch dasteht, Cession dieser actio ist daher denn auch nicht Übertragung eines Forderungsrechts, sondern nur der leere Cessionsact ohne materiellen Inhalt.[58] Der Cessionar erwirbt durch die Cession nichts als die leere Form der actio und wenn der debitor cessus vielleicht ohne von seiner exceptio Gebrauch zu machen, ihm zahlt resp. zur Zahlung verurtheilt wird, so ist das allerdings unwiderruflich und rechtsgiltig, aber nicht weil der Empfänger resp. Sieger ein Recht darauf hatte in Folge der Cession, sondern die freiwillige solutio ist unwiderruflich und den debitor liberirend, weil sie die solutio nat. obl. ist, welche, wenn sie mit

58) In ähnlicher Weise könnte man auch bei einer obl., welche durch eine exceptio perpetua völlig elidirt wird, z. B. der obl. contra SC. Vellej. eine Cession für möglich erklären.

Zustimmung dessen cui debetur an einen Dritten geschieht, als wirkliche solutio gilt; die Verurtheilung des debitor aber ist rechtsgiltig und auch richtig, nicht weil wirklich eine Berechtigung des klagenden Cessionars vorlag, wohl aber weil die facta vorlagen, aus denen, so lange nicht der Beklagte seine exceptio vorbrachte, vom Richter auf die Existenz eines Rechts geschlossen werden mußte.

Ebenso ist es vollkommen richtig, daß wenn der, cui natura debetur, seinen Schuldner einem Dritten überweist und diese beiden Letztgenannten dieser Weisung gemäß mit einander irgend eins der von Arndts genannten Geschäfte eingehen, diese vollkommen rechtsgiltig sind, und den Schuldner dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber liberiren, allein diese Geschäfte sind nicht blos in Folge einer Cession möglich, verlangen keine Rechtsübertragung von Seiten des ursprünglichen Obligationsinteressenten, sondern sind selbständige Acte des — wenn der Kürze halber diese Ausdrücke hier gebraucht werden dürfen — Cessionars und debitor cessus. Die dazu erforderliche Mitwirkung oder vorausgehende Thätigkeit des Cedenten kann die Übertragung seines Rechts auf den Cessionar sein — also wahre Cession, oder auch blos die Aufforderung und darin die Erklärung seiner Zustimmung zu solchen Geschäften eine Anweisung der Zahlung — wenn der cessus sie machen will — an den Cessionar — und Erklärung darin eine solutio nat. debiti anerkennen zu wollen, oder ein Anstoß zur Contrahirung einer neuen Obligation, also Delegation.

Der Beweis, daß eine nat. obl. wirklich Gegenstand einer Cession sein könnte, wäre erst durch den Nachweis geführt, daß der Cessionar auch ohne Zustimmung des cessus lediglich durch den Cessionsact gegen diesen irgend ein Recht erworben hätte, und damit wäre dann zugleich erwiesen, daß der cui natura debetur doch wirklich ein Recht habe, eine „Naturalforderung," welchen Inhalts sie nun auch sein möchte. Dieser Nachweis einer Cession der nat. obl. könnte aber, da die exceptio, soweit sie im Recht des Gläubigers ist, nicht als ein von der actio Verschiedenes der n. o. zusteht, nur erbracht werden durch den Nachweis, daß der Cessionar die nat. obl. durch Compensation könne zur Geltung bringen. Das hat aber schon Arndts

mit gutem Grund für unzulässig erklärt, und so hängt dann jeder Rechtserfolg erst von der freien Thätigkeit des Cessionars und dessen debitor cessus ab, oder mit anderen Worten, derselbe Act, welcher bei einer klagbaren Obligation Cession ist, muß bei der klaglosen Obligation als Delegation — soweit mit diesem Wort die Thätigkeit des Deleganten bezeichnet wird — angesehen werden. Daß Arndts diesen Zusammenhang verkannt hat, erklärt sich nur aus seiner Auffassung der nat. obl. als einer solchen, die wohl der Klage entbehre, daneben aber noch eine „Naturalforderung" enthalte, und danach erscheint ihm dann die Überweisung der obl. als eine Disposition über ein Nichts Seitens dessen cui natura debetur.

Aus allem Diesen ergiebt sich, daß keine Äußerung des gläubigerischen Rechts, keine Form, in welcher dasselbe auftreten und keine Folge, welche dasselbe haben kann, auf Grund einer nat. obl. sich vorfindet, und wir damit wieder zu dem Schluß berechtigt sind, daß die nat. obl. jedes Rechts entbehrt. Bekräftigt wird dieser Satz auch noch durch die bereits mehrfach erwähnte L. 95. §. 4. D. de solut. (XLVI, 13.)[59] Ein Recht kann nicht, wie durch solutio und manche andere Gründe, so auch durch pactum ipso jure aufgehoben werden, das pactum begründet vielmehr gegen das bestehende Recht regelmäßig nur eine exceptio, wenn nun die nat. obl. stets durch pactum[60]) ipso jure soll aufgehoben sein, so liegt auch darin ein Beweis, daß in dieser Obligation überall kein Recht vorhanden ist.

§. 13.

Trotz des Mangels der actio in dem angegebenen Umfange, und scheinbar in Widerspruch damit, wird aber der nat. obl. dennoch ein debitum als Inhalt zugesprochen, freilich mit der schon angedeuteten Restriction und unter Anerkennung, daß ohne actio eigentlich kein debitum möglich sei, immer aber ist das

---

59) S. oben Seite 54. Anm. 21 und Seite 136.

60) Daß dieses pactum ein justum genannt wird, hat wohl keine andere Bedeutung als die, in welcher eine exceptio justa genannt wird. L. 66. D. de R. J. (L, 17.)

natura debitum doch ein debitum, und es fragt sich daher, in welchem Sinn, in welcher Bedeutung.

Julianus in der angeführten Stelle[1]) erklärt das natura debitum insofern für ein debitum, als derjenige, dem ex obl. nat. geleistet worden, ein debitum empfangen habe, und giebt im Zusammenhang damit als Characteristicum der n. o. an, daß soluta pecunia repeti non potest, daß also die Leistung des Gegenstandes der nat. obl. als eine giltige solutio anzusehen ist. Unmittelbare Rechtswirkung kann dieses debitum bei dem Mangel der actio nicht haben, sondern erst wenn freiwillig die solutio desselben geschehen ist, zeigt sich die Natur des debitum der nat. obl. dadurch, daß diese solutio keiner der Klagen ausgesetzt ist, welche das Recht für den Fall giebt, daß ein indebitum gezahlt, d. h. in der Meinung und Absicht einer solutio obligationis gegeben ist. Darum stellt dann Theophilus[2]) es als ein „insigne," ein Kennzeichen der n. o. hin, daß dieselbe soluti repetitionem non recipiat; wenn eine n. o. erfüllt ist, so zeigt sich die n. o., das nat. debitum gerade darin, daß die repetitio jedenfalls, und gerade um der obl. willen, ausgeschlossen ist. Die Klaglosigkeit der nat. obl. hat überhaupt die Folge, daß ihre Bedeutung sich lediglich in Rechtsacten, welche nicht unmittelbar durch die obl. herbeigeführt werden, aber doch auf dieselbe Bezug nehmen, darstellt, so daß dann diese Rechtsacte umgekehrt wieder als Kennzeichen für die Existenz der nat. obl. gelten. Solcher Kennzeichen giebt es aber noch mehrere; Julianus und Theophilus nennen als solches noch die Möglichkeit der Bürgschaftsbestellung für die n. o. und zwar mit der Wirkung, daß die fidejussores für die n. o. auch klagbar verhaftet sind. Julianus bringt das unmittelbar mit dem ersten Kennzeichen in Verbindung und stellt es wie eine Folgerung hin, daß weil soluta pecunia repeti non potest und weil die Erfüllung einer nat. obl. als debitum solutum angesehen werden müsse, auch die für die fidejussio erforderliche Grundlage vorhanden sei. Außerdem kennen unsere Quellen noch andere Kennzeichen der n. o.; auf Grund der n. o.

---

1) L. 16. §. 4. D. de fidejuss. (XLVI, 1.) S. oben Seite 83.
2) S. oben Seite 163.

ist nämlich ein constitutum möglich, und zwar sowohl debiti alieni, als auch debiti proprii, ebenso kann für eine nat. obl. giltig ein Pfandrecht bestellt werden; ferner ist auf Grund einer n. o. eine novatio möglich, und endlich kann auch das nat. debitum unter den erforderlichen Voraussetzungen Gegenstand der Compensation und der Deduction sein.

Durch alle diese Kennzeichen ist aber begreiflicher Weise der oben ausgesprochene Satz von der eigentlichen Wirkungslosigkeit der nat. obl. nicht aufgehoben, auch ist wohl zu beachten, daß die nat. obl. selbst von diesen Kennzeichen zu scheiden ist; nicht diese Zeichen bilden die n. o., sondern sie setzen die nat. obl. voraus, zeigen sich an dieser und auf dem Grunde dieser Obligation, dieses debiti; namentlich ist auch die Existenz der nat. obl. durchaus nicht an das Zutreffen aller dieser Kennzeichen gebunden, vielmehr kann aus mancherlei Gründen das eine oder andere derselben in einem einzelnen Falle unanwendbar sein, und doch wird hier nichts desto weniger eine nat. obl. ohne alle Beschränkung angenommen.[3]) Auch scheint es fast, als ob man, da diese Kennzeichen erst an der vorhandenen n. o. zeigen und zwar durch neue Rechtsacte und besondere mit der n. o. selbst nicht zusammenhängende Umstände, zur Erklärung des Wesens der n. obl. von diesen Kennzeichen ganz abstrahiren müßte; allein da die n. o. eben nur in diesen Kennzeichen eine rechtliche Bedeutung gewinnt, und mithin nur aus diesen ihren rechtlichen Inhalt entnimmt, so sind hier diese insignia eingehender zu betrachten. Als das Hauptsächlichste, auf welche die übrigen mehr oder weniger basirt werden, erscheint[4]):

1) Der Ausschluß der soluti repetitio.

Eine repetitio soluti ist nach Römischem Recht auf verschiedene Weise, durch verschiedene Klagen möglich, namentlich durch condictio indebiti, dann durch condictio sine causa, und endlich kann auch unter Umständen eine rei vindicatio zum Zweck der repetitio soluti erhoben werden. Alle diese Klagen sollen aber bei geschehener solutio naturalis debiti ebenso aus-

3) S. oben Seite 2 f.

4) Vergl. v. Savigny, Obl. R. I. §. 8. S. 44 ff. — Holtius, a. a. O. S. 24 ff. — Brinz, Pand. S. 575.

geschlossen sein, wie bei der eines civile debitum. Die condictio indebiti und deren Unzulässigkeit bei dem nat. deb. solutum finden wir in zahlreichen Stellen erwähnt, und zwar nach zwei Seiten hin, nämlich einmal so, daß aus der Existenz der n. o. die Unwiderruflichkeit der solutio gefolgert wird, und umgekehrt, daß aus der Widerruflichkeit einer solutio der Schluß auf die Nichtexistenz des nat. debitum gemacht wird. So heißt es z. B. in

L. 19. pr. D. de cond. indeb. (XII, 6.) Si poenae causa ejus, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, ideoque solutum repeti non potest. (Pomp. lib. 22 ad Sab.)[5]

und dann wieder in

L. 41. D. eod. Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet. (Neratius lib. 6 Membran.)[6]

Wenn aber demnach auch die Zulässigkeit der condictio indebiti einen sichern Beweis liefert dafür, daß kein nat. debitum vorhanden, so ist doch nicht ebenso umgekehrt aus der Unzulässigkeit der condictio stets auf die Existenz einer nat. obl. zu schließen, da, wie oben bereits angeführt,[7] nicht nur bei einem debitum im Sinne des zweiten Abschnitts, sondern unter Umständen auch bei einem wahren indebitum die repetitio ausgeschlossen sein kann.[8] Nur bei dem auf Grund einer giltigen obligatorischen causa geschehenen solutum, kann, falls auf dasselbe keine actio bestand, die Ausschließung der condictio als Beweis für eine n. o. gelten. Es ist also unrichtig, ohne alle Beschränkung überall, wo das solutum non repetere gilt, eine nat. obl. anzunehmen.[9]

---

5) Vergl. außer den bereits angeführten L. 16. §. 4. D. de fidej. (XLVI, 1.) und L. 10. D. de O. et A. (XLIV, 7.), auch noch L. 13. pr. D. de condict. ind. (XII, 6.) L. 38. §. 1. 2. L. 60. pr. eod. L. 3. §. 7. D. quod quisque jur. (II, 2.) L. 50. §. 2. D. de pecul. (XV, 1.)

6) Vergl. auch L. 47. eod. L. 42. pr. D. de jurejur. (XII, 2.)

7) S. oben Seite 117.

8) Vergl. auch Erxleben, a. a. O. S. 149.

9) Die Nichtbeachtung dieser Beschränkung hat von jeher zur Annahme mehrerer Naturalobligationen geführt, welche den Quellen fremd sind,

Die condictio indebiti setzt außer einem indebitum auch voraus, daß die solutio in der irrthümlichen Meinung eines debitum gemacht worden; ist aber im Sinn der condictio das nat. debitum ein debitum, so kann bei solchem ein derartiger Irrthum nicht vorkommen, derselbe sich vielmehr immer nur auf die Klagbarkeit des debiti beziehen, so daß also der, welcher lediglich in der irrthümlichen Meinung, er sei klagbar obligirt, Zahlung geleistet hat, dieselbe, falls nur ein nat. debitum vorgelegen, nicht condiciren kann. Der Irrthum kommt in solchem Fall gar nicht in Betracht, weil der Zahlende: agnovit debitum naturale,10) d. h. weil auch trotz des Irrthums in der Zahlung eine Bethätigung und Erfüllung des n. debitum enthalten ist. Es könnte freilich auch noch in einer anderen Weise eine irrthümliche Zahlung einer nat. obl. vorkommen, nämlich so, daß der Zahlende meint, aus irgend welchem, überall nicht existirenden Obligationsgrunde verpflichtet zu sein, während er wirklich aus einem anderen Grunde naturaliter obligatus est, und zwar gerade auf den geleisteten Gegenstand, allein auch in diesem Falle greift die angeführte Entscheidung der L. 64. cit. Platz.

So wenig aber der genannte Irrthum auch ein solcher ist, wie ihn die condictio indebiti fordert, so kann doch nur wo in dieser Weise irrthümlich gezahlt worden, der Ausschluß der repetitio als ein Kennzeichen des nat. debitum angesehen werden, denn wenn auch nicht geleugnet werden kann, daß die Zahlung eines nat. debiti mit dem Bewußtsein, deshalb nicht klagbar verhaftet zu sein, ebenso unwiderruflich ist, so liegt hierfür der Grund doch nicht in der Existenz des debiti, sondern eben in dem Solutionsact. Dieser ist eine rechtsgiltige Leistung nach

---

und wo die Ausschließung der sol. repetitio einen andern Grund als die Annahme eines debiti hat. So ist z. B. die solutio aus einem verbotenen Geschäft nach Verjährung der condictio ind. unwiderruflich, aber nur um dieser Verjährung willen, ebenso ist die Ausschließung der repetitio in Bezug auf irrthümlich gezahlte poenae, und auf irrthümliche solutio in den Fällen ubi lis infitiando crescit in duplum aus besonderen Gründen trotz des wirklichen indebitum solutum zu erklären; vergl. Rudorff Röm. Rechtsgesch. Band II. S. 280. not. 38.

10) L. 64. D. de cond. ind. (XII, 6) s. oben Seite 121.

dem Willen des Leistenden und dieser Character wird der Leistung nicht dadurch entzogen, daß der Leistende dieselbe als eine solutio will betrachtet wissen. Geschieht dagegen die Leistung lediglich in der irrthümlichen Meinung der Existenz einer actio, so kann derselben der Solutionscharacter und folgeweise die Unwiderruflichkeit auch in Bezug auf das nat. debitum nicht nach dem Willen des Zahlenden beigelegt werden, sondern nur auf Grund davon, daß das Recht in dieser Beziehung das nat. debitum als ein debitum anerkennt, wodurch dann die Leistung, welche Motive der Zahlende auch gehabt haben mag, als solutio debiti erscheint. So tritt also gerade bei der irrthümlichen Leistung des nat. debiti die soluti repetitio als ein Kennzeichen für die Existenz der nat. obl. hervor.

Ist aber ein nat. debitum gerade im Sinne der condictio indebiti ein debitum, so muß diese actio dem solutum n. debitum gegenüber ipso jure unbegründet sein, und es bedarf nicht erst einer exceptio zur Elidirung des auf diesem Wege erhobenen Restitutionsanspruchs. Die mehrfach vorgebrachte entgegengesetzte Meinung [11]) läßt sich durch Nichts rechtfertigen, namentlich nicht durch die Behauptung, daß die nat. obl. überhaupt im Recht nur per exceptionem wirke, welche Behauptung falsch und eine Verwechselung mit dem allerdings richtigen Satz ist, daß die n. o., da sie der actio entbehrt, immer nur in Form einer Abwehr zur Frage kommen kann. Diese Abwehr, diese defensio, ist aber nicht nothwendig exceptio. — Es kommen freilich Fälle vor, in denen die solutio nat. deb. nur durch exceptio aufrecht erhalten wird, allein es sind das solche, in denen ein Gleiches auch für die Aufrechterhaltung der solutio civilis debiti gilt, also jedenfalls nicht von der Ausschließung der condictio indebiti die Rede ist, und wenn die nat. obl. auch als eine obl. quae habuit auxilium exceptionis bezeichnet wird, [12]) so ist damit noch nicht die Nothwendigkeit der exc. zur Elidirung jeder Klage ausgesprochen, und zu der einer cond. ind. um so weniger, als in der betreffenden Stelle diese Klage

---

11) Büchel, a. a. O. Bd. II. Abh. 1. S. 60 ff. — S. dagegen besonders Erxleben a. a. O. S. 139 ff.

12) L. 94. §. 3. D. de solut. (XLVI, 3.)

überall nicht gemeint ist.[13]) Auch kann man die Nothwendigkeit einer exceptio zum Zweck der Ausschließung der cond. ind. nicht damit beweisen, daß die n. o. ein der aequitas angehöriges Rechtsinstitut sei, und darum nur in Form einer exc. ihre Rechtswirkung zeigen könne, denn nicht nur ist dieser Ursprung unerwiesen, sondern auch die Folgerung falsch. Nicht der Ursprung eines Rechtssatzes oder Rechtsinstituts, sondern die Art und Weise wie dasselbe im positiven Recht aufgenommen und gefaßt ist, bestimmt die Art und Weise seiner Rechtswirksamkeit, und von dem nat. debitum heißt es nicht, es sei ein indebitum, müsse aber aus Äquitätsgründen der condictio gegenüber wie ein debitum behandelt werden, sondern umgekehrt bringt gerade die Formulirung des Gegensatzes von debitum und indebitum im Sinne der condictio das nat. debitum unter das debitum, die condictio indebiti steht selbst auf dem Boden der aequitas und stellt darum schon von vornherein den Begriff von debitum nach denselben Grundsätzen dar, so daß es nicht der condictio gegenüber als ein Besonderes erscheint, daß das nat. debitum für ein debitum gilt.

Ist nun in den bei Weitem meisten Stellen, welche den Ausschluß der soluti repetitio auf Grund der n. obl. erwähnen, an eine irrthümliche Leistung in dem angegebenen Sinn, und an die Ausschließung der condictio indebiti gedacht, so ist doch, da die repetitio allgemein versagt ist, die solutio n. deb. auch den übrigen Klagen gegenüber ausgeschlossen, welche gegen ein solutum, falls demselben kein debitum zum Grunde lag, erhoben werden können. Zu diesen Klagen gehört die condictio sine causa; dieselbe ist einem nat. debitum solutum gegenüber ebenso unbegründet wie einem civ. debitum solutum, eben weil das nat. debitum als ein debitum gilt. Dieses erhellt aus

> L. 14. D. de R. C. (XII, 1.) Si filius familias contra SCtum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti, nulla exceptio objicitur, sed si fuerint consumti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quo-

---

13) Die richtige Erklärung dieser Stelle findet sich bei Erxleben, a.a.O. S. 142 f. —

tiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset, in proposito autem non esset. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

Hier ist ein naturale debitum vom Schuldner gezahlt, aber durch Leistung fremder Objecte; dadurch kann das Eigenthum derselben nicht alterirt werden, der dominus der nummi bleibt dominus, mögen dieselben unter welchem Titel immer von einem Nichtberechtigten weggegeben sein, auch kann der Empfänger, obgleich er debitum empfangen hat, selbst wenn er wegen dieses debiti eine actio hätte, dem vindicirenden dominus keine exceptio entgegensetzen, denn es ist kein dolus des pater, wenn er die Schuld des filius, zu deren Bezahlung er nicht rechtlich veranlaßt werden kann, auch nicht in dieser ohne seine Einwilligung geschehenen Zahlung anerkennen will.[14]) Der wohlbegründeten Vindication gegenüber kann also das nat. deb. solutum ebensowenig sich geltend machen, wie das civ. deb. solutum. Anders steht es nach geschehener Consumtion des solutum beim Empfänger. Der Satz, daß durch die Consumtion an die Stelle der Vindication die condictio sine causa trete, gilt nämlich, wie Marcellus ausführt, nur da, wo auch bei sofortigem Eigenthumsübergang eine actio gegen den Empfänger begründet gewesen wäre, also wenn die Leistung credendi animo gemacht,[15]) oder ohne jeden Rechtsgrund empfangen worden. Wenn nun in dem vorliegenden Falle die condictio sine causa für unzulässig erklärt wird, so liegt der Grund dafür darin, daß die Leistung des nat. debiti als eine wirkliche solutio debiti angesehen wird, und so steht auch in diesem Punkt die solutio nat. deb. der des civ. deb. vollkommen gleich. Die Consumtion, indem sie mit dem Gegenstande das dominium an demselben aufhebt, verpflichtet nur dann zum Ersatz, wenn sie als grundlose Bereicherung erscheint, das ist aber nicht der Fall, wenn sie auf Grund einer solutio geschehen ist, denn in diesem Falle ist der debitor im Moment der Consumtion definitiv liberirt, und also für den Empfänger das solutum an die Stelle des

---

14) Vergl. auch die oben angeführte L. 94. §. 2. D. de solut. (XLVI, 3.)
15) L. 11. §. 2. D. de R. C. (XII, 1.)

debitum getreten.[16]) Dem gewesenen dominus bleibt in diesem Fall nur ein Anspruch gegen den Zahlenden, welcher ihm sein dominium definitiv und ohne Rechtsgrund entzogen hat,[17]) ein Anspruch, der freilich in L. 14. cit. durch das besondere Verhältniß des gewesenen dominus zu dem gewesenen n. debitor ausgeschlossen wird.

Eine andere Entscheidung giebt dagegen

L. 9. §. 1. D. ad SC. Maced. (XIV, 6.) Si ab alio donatam sibi pecuniam filius creditori solverit, an pater vindicare vel repetere possit? Et ait Julianus, si quidem hac conditione ei donata sit pecunia, ut creditori solvat, videri a donatore profectam protinus ad creditorem et fieri nummos accipientis; sin vero simpliciter ei donavit, alienationem eorum filium non habuisse, et ideo si solverit, condictionem patri ex omni eventu competere. (Ulp. lib. 29 ad Ed.)

Daß hier ebenfalls von der Zahlung eines nat. deb. die Rede, wie in L. 14. cit., kann nicht zweifelhaft sein, ebenso wird hier wie dort die Frage nach der vindicatio und der condictio (vindicare vel repetere) aufgeworfen und bei letzterer natürlich die Consumtion vorausgesetzt; für diesen Fall wird dann aber die condictio, noch dazu mit dem bestärkenden Zusatz: ex omni eventu, dem pater zugesprochen, wonach also auch das ex solutione nat. debiti Empfangene als sine causa bei dem Empfänger gelten müßte. — Einen Widerspruch mit L. 14. cit. dürfen wir wohl darum nicht annehmen, weil beide Stellen von Ulpian herrühren, und noch dazu aus demselben Buche desselben Werkes dieses Juristen, eine Vereinigung scheint aber ebenfalls unmöglich, so viel man dieselbe auch versucht hat, und so bleibt dann Nichts übrig als die Annahme einer Corruption des Textes und zwar der L. 9. cit., da L. 14. cit. ganz präcis und folgerichtig den vorgetragenen Satz entwickelt, und das

---

16) L. 19. §. 1. D. de R. C. (XII, 1.) Nam omnino, qui alienam pecuniam credendi causa dat, consumta ea habet obligatum eum qui acceperit, item qui in solutum dederit, liberabitur ab eo qui acceperit. (Julian. lib. 10. Dig.) —

17) L. 78. D. de solut. (XLVI, 3)

Prinzip des Marcellus durchaus den allgemeinen Regeln über die Condictionen entspricht. Wo aber diese Corruption zu suchen sei, ist schwer zu sagen; am nächsten liegt es wohl, statt condictionem: vindicationem als den ursprünglichen Text zu vermuthen, so daß dann in L. 9. cit. die Möglichkeit der Consumtion der gezahlten nummi überhaupt als nicht in Betracht gezogen erschiene. Und allerdings folgt aus dem Satz, daß der filius unter den genannten Umständen die Alienationsbefugniß nicht habe, unmittelbar nur die Berechtigung des pater zur vindicatio. Bedenken erregen gegen diese Veränderung des Textes muß aber die ausdrückliche Erwähnung des repetere neben dem vindicare zu Anfang der Stelle, und noch mehr der Zusatz: ex omni eventu, welcher in Bezug auf die vindicatio keinen rechten Sinn zu haben scheint. Indessen dürfte es wohl nicht als ungerechtfertigt erscheinen, wenn man diesen Zusatz selbst auch als verdächtig bezeichnete.[18])

Die Zulässigkeit der vindicatio steht also an sich der rechtlichen Behandlung des nat. deb. solutum als eines wirklichen solutum nicht entgegen, unter Umständen kann aber daraus, daß die Leistung auf Grund eines nat. debitum geschehen, eben so gegen die vindicatio eine exceptio, nämlich exc. doli, zustehen, wie in dem Fall, wenn die Leistung solutio eines klagbaren debiti wäre. Eine derartige exc. gegen eine vindicatio findet sich in

> L. 26. §. 9. D. cond. ind. (XII, 6.) Filius familias contra Macedonianum mutuatus, si solverit, et patri suo heres effectus, velit vindicare nummos, exceptione summovebitur a vindicatione nummorum. (Ulp. lib. 26 ad Ed.)

Wenn der Vindication des Vaters keine aus dem Solutionscharakter der Leistung entnommene exceptio entgegenge-

18) Die Unvereinbarkeit der Stellen, wie sie vorliegen, gesteht auch zu: Brinz, Pand. S. 394. Für die Emendation: vindicationem spricht sich z. B. Puchta aus (Vorlesungen zu §. 306). Die ältere Literatur, sowie die verschiedenen älteren Vereinigungsversuche, die alle auf mehr oder weniger willkührlichen Suppositionen beruhen, s. bei Glück, Comm. Band 14. S. 316 ff.

standen haben würde, so müßte auch dem filius als Erben des Vaters die vindicatio ebenso wirksam zustehen, allein nach denselben Grundsätzen, nach welchen unter ganz ähnlichen Umständen die exceptio rei venditae et traditae gegen die Vindication zusteht, ist auch hier dem Beklagten eine exceptio doli gegeben, durch welche dann die solutio nat. debiti aufrecht erhalten und unwiderruflich wird. Die nat. obl. ist hier, ebenso wie es eine civ. obl. sein würde, der Grund der exceptio insofern als sie eine rechtsgiltige causa für die Leistung des filius war, und gerade deshalb die von diesem in seiner Eigenschaft als Erbe des Vaters erhobene Vindication dolos erscheint; die exceptio setzt aber nicht die nat. obl., sondern die solutio nat. obl. voraus.[19]

Eine andere Anwendung der exceptio zum Schutz der solutio nat. debiti findet sich in

> L. 8. §. 1. D. ratam rem hab. (XLVI, 8.) Si procurator a debitore pecuniam exegerit et satisdederit, dominum ratam rem habere, mox dominus de eadem pecunia egerit, et litem amiserit, committi stipulationem, et, si procurator eandem pecuniam domino sine judice solverit, condicturum. Sed quum debitor ex stipulatu agere coeperit, potest dici dominum, si defensionem procuratoris suscipiat, non inutiliter doli mali exceptione adversus debitorem uti, quia naturale debitum manet. (Venulej. lib. 15. Stipul.)[20]

Hier wird ausdrücklich das naturale debitum, ebenso wie es das civile debitum sein würde, als Grund der exceptio und der durch diese vermittelten Abweisung der actio ex stipulatu angegeben, aber wiederum ist es nicht das bestehende nat. debitum, auf welches sich die exceptio stützt, sondern die geschehene solutio nat. obl., welche durch Abweisung eines an sich rechtsbegründeten, aber auf das Nichtgeschehensein der solutio

---

19) Vergl. auch Erxleben a. a. O. S. 143 f.
20) Vergl. Francke a. a. O. S. 76 f. — Keller, L. C. S. 159. — Fein, im Archiv f. d. civ. Praxis Band 26. S. 176 ff. — Erxleben a. a. O. S. 144.

sich stützenden Anspruchs Anerkennung erhält. Wenn der Gläubiger die an den procurator auf dessen Anforderung gemachte solutio nicht ratihabirt hat, so ist die obl., das debitum, stehen geblieben, und selbst wenn der Gläubiger nachher litem amiserit, d. h. seine actio durch Proceßverjährung verliert, so bleibt doch das debitum als ein naturale bestehen, und der Procurator, da er die völlige Befreiung des debitor versprochen hat, ist schuldig aus der zum Zwecke der satisdatio abgeschlossenen stipulatio. Die Zahlung an den procurator ist unter diesen Umständen nicht solutio, und der Procurator kann, wenn er in Erwartung der Ratihabition an den dominus gezahlt hat, condiciren,[21] da die Voraussetzung der Ratihabition nicht eingetreten ist. Aber die Ratihabition kann vom dominus jeden Augenblick nachgeholt werden, und von diesem Moment an fällt dann der Anspruch des debitor aus der satisdatio weg, und da die Ratihabition an eine Form nicht gebunden ist, so kann dieselbe auch geschehen durch Übernahme der defensio von Seiten des dominus gegen die actio ex stipulatu, wodurch dann für den dominus die exceptio doli begründet wird. Die defensio kann ihren Zweck, die Befreiung des procurator von der actio ex stipulatu nur erreichen durch den Nachweis, daß der jetzt klagende debitor durch die Zahlung an den procurator wirklich liberirt sei, und das ist er nur, wenn in der defensio eine Anerkennung dieser solutio liegt. Solche Anerkennung und Ratihabition kann aber in der Übernahme der defensio nur dann liegen, wenn bis zu diesem Moment das debitum noch besteht; hätte die Proceßverjährung die ganze obligatio aufgehoben, so würde es für den früheren Gläubiger jetzt an jedem Gegenstand der Ratihabition fehlen und es wäre auch kein dolus, wenn der frühere debitor von seiner Befreiung durch die litis amissio Gebrauch machen wollte, im Gegensatz zu der Befreiung durch die frühere, jetzt erst nachträglich durch den früheren Gläubiger angenommene solutio. Somit ist der Umstand, daß die litis amissio das debitum wenigstens als

21) Nämlich mit der cond. ob caus. dat. oder cond. sine causa je nachdem man die Grenze zwischen diesen beiden Condictionen annimmt. Auch die cond. indebiti wäre hier denkbar. Erxleben a. a. O. Anm. 78.

naturale bestehen läßt, der Grund für die exceptio doli, und man kann daher von dieser sagen, sie bestehe: quia naturale debitum manet. Der Inhalt der exc. ist aber die Anerkennung der vom jetzigen Kläger gemachten solutio der (damals klagbaren) Schuld.

2. Fidejussio.

Als zweites Kennzeichen der nat. obl. führt Theophilus an, daß die für eine n. o. bestellten fidejussores natura et lege haften. Das nat. debitum macht sich also als debitum geltend, in sofern für dasselbe eine Bürgschaft bestellt werden kann, ebenso wie für ein debitum civile. Es ist bereits oben von dieser Bethätigung der nat. obl. die Rede gewesen,[22] und es bleibt hier nur noch die besondere Bedeutung und Stellung zu erwähnen, welche die fidejussio für eine n. obl. hat. Während nämlich die fidejussio für eine klagbare Obligation die Folge hat, dem Gläubiger für seine Forderung statt des einen Schuldners diesen und einen Dritten, je nach der Wahl des Berechtigten, zu geben, oder, im späteren Recht, dem Gläubiger, für den Fall, daß der Realisation seiner actio gegen den Schuldner sich factische Hindernisse entgegenstellen, einen zweiten subsidären Schuldner zu geben, und somit eine größere Garantie für die Realisation seines Rechts zu gewähren, wird durch die fidejussio für ein nat. debitum demjenigen, cui natura debetur, eine actio auf den Gegenstand des debitum begründet, so daß das nat. debitum in gewissem Sinn als ein klagbares erscheint. Denn wenn auch die fidejussorische Obligatio als eine durchaus selbständige der alten Obligation gegenüber steht, so daß ihre Giltigkeit lediglich aus dem Obligationsacte zwischen dem Gläubiger und dem Fidejussor zu beurtheilen ist, und namentlich auf das rechtliche Verhältniß zwischen diesem Letzteren und dem debitor überall Nichts ankommt, so ist doch der Gegenstand der fidejussoria obligatio eben die schon vorhandene Schuld, und gerade nur diese Schuld. Stellt man die fidejussio auf einen andern Gegenstand, so kann es vielleicht fraglich sein, ob ein solcher Rechtsact nicht doch ein obligatorischer sei, gewiß aber ist es keine fidejussio. Daß aber die fidejussio für eine naturalis

22) Siehe oben §. 8. (S. 83 ff.) — Erxleben a. a. O. S. 148. —

obligatio, wie für eine klagbare, eine civ. obl. begründet, führt Theophilus ausdrücklich an, und dasselbe folgt auch aus der soeben angedeuteten Stellung der fidejussorischen Obligation zur principalen.[23]) Man darf dagegen sich auch nicht etwa auf die accessorische Natur der fidejussio gegenüber der Hauptobligation berufen, denn dieser Character ist wenigstens ursprünglich gar nicht der der fidejussio, auch im späteren Recht derselben ohne Veränderung ihres formalen Bestandes beigelegt, und ferner wäre selbst aus einem solchen Accessionsverhältniß nicht zu schließen, daß die accessorische Obligation nicht von anderer Art und von mehrerer Wirkung sein könnte als die principale. Mit eben so wenig Grund hat man sich für die Klaglosigkeit einer fidejussio zum Schutz einer n. o. auf den Satz berufen, daß dem fidejussor alle exceptiones zu gut kommen, welche dem debitor selbst zustehen würden, weil er eben nur auf das debitum verhaftet sei, und als ein solches ein debitum quod exceptione perimi possit nicht gelte. Allein wenn diese Regel nicht „perpetuo" gilt,[24]) sondern nur da, wo das debitum, die ganze obligatio, durch die exceptio aufgehoben wird, nicht aber da, wo dieselbe nur die actio trifft, so kann auch die gegen die actio aus der ursprünglichen Obligation begründete exceptio nicht von selbst die von jener verschiedene actio gegen den fidejussor aufheben. Daß überhaupt, wenn die actio gegen den Hauptschuldner nicht begründet, oder auch später weggefallen ist — was zumeist ope exceptionis geschieht — die Haftung d. h. die klagbare Haftung des fidejussor fortbestehe, sagt z. B. Scaevola in

> L. 60. D. de fidejuss. (XLVI, 1.) Ubicunque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat: teneri fidejussorem respondit. Dum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure aut exceptione liberandum. (Scaevola lib. 1. Respons.)

Hier sind die Aufhebung der actio und die der obligatio in ihrer Verschiedenheit der Wirkung auf die fidejussio einander gegenübergestellt, jene, die Aufhebung der actio allein läßt

23) Vergl. Girtanner, Bürgschaft §. 12. (S. 39.)
24) L. 40. pr. D. de cond. ind. (XII, 6.)

die Stellung des fidejussor unberührt. Wenn ferner in einer anderen Stelle dem fidejussor für die obligatio ex mutuo des filius familias die exceptio SCti. Macedoniani ebenso wie dem filius selbst zugestanden wird, so hat das nicht seinen Grund schon darin, daß der filius fam. ex mutuo nur klaglos verpflichtet und die obl. auch gerade per exceptionem klaglos ist, sondern in dem besondern Inhalt des SCti., welches nicht nur die condictio ex mutuo ausgeschlossen wissen will, sondern überhaupt den filius fam. vor einer jeden petitio sicher stellen will, welche aus dem mutuum oder in Folge desselben gegen ihn erhoben werden könnte. Das SCtum. enthält also außer dem, daß es die Darlehnsobligation zu einer naturalis macht, noch ein Mehreres und gerade um dieses Mehreren willen kann auch dem fidejussor die exc. zustehen, insofern nämlich als dieser, wenn er dem klagenden Gläubiger gezahlt hat, nach dem jus commune eine Regreßforderung gegen den debitor hat, wenn zwischen diesem und dem Bürgen in Bezug auf die Übernahme der fidejussio ein obligatorisches Verhältniß bestand. Nur um den debitor vor dieser Regreßforderung zu sichern steht dem fidejussor die exceptio des debitor zu, also nicht dann, wenn überhaupt solcher Regreß nicht begründet ist.

> L. 9. §. 3. D. ad SC. Macedon. (XIV, 6.) Non solum filiisfamilias — — succurritur, verum fidejussori quoque et mandatori ejus, qui et ipsi mandati habent regressum, nisi forte donandi animo intercesserunt. Tunc enim, quum nullum regressum habeant, SCtum locum non habebit. (Ulp. lib. 29. ad Ed.) 52)

Steht aber in Bezug auf die Klagbarkeit die fidejussoria obligatio für ein nat. debitum der für ein civile debitum gleich, so ist doch in einigen Punkten diese Haftung ihrem Inhalte nach eine andere, und zwar schärfere, weniger bedingte als die eines fidejussor für eine klagbare Schuld.

Nach dem neuesten Justinianischen Recht steht dem fidejussor gegen den klagenden Gläubiger überhaupt eine exceptio ordinis zu, während in früherem Recht zur theilweisen Errei-

---

52) Vergl. auch Girtanner, a. a. O. S. 42.

chung desselben Zwecks ein besonderes pactum erforderlich war;[26]) durch diese exceptio wird die Haftung des fidejussor auf den Fall der wirklich eingetretenen, constatirten Insolvenz des debitor beschränkt, der fidejussor braucht nicht zu zahlen, so lange der debitor überhaupt nur im Stande ist Zahlung zu leisten, nicht schon dann, wenn der Schuldner sich nur weigert eine an sich mögliche Zahlung zu machen. Bei der fidejussio für ein nat. debitum, bei welchem von einem Recht auf Zahlung Seitens dessen cui debetur überhaupt nicht die Rede ist, bei welcher die Zahlung lediglich von dem freien Belieben des debitor abhängt, kann die Bestellung der fidejussio nur den Zweck haben, den Gläubiger von diesem Belieben des debitor unabhängig zu machen, und zwar durch Bestellung einer actio gegen einen Dritten. Dieser ist daher pure zur Zahlung verpflichtet, und allein die freiwillige, d. h. von dem anderen Contrahenten rechtlich nicht herbeizuführende Zahlung der Schuld, hebt die Haftung des fidejussor auf.

Diese besondere Stellung des fidejussor für ein nat. debitum macht sich auch noch in einer anderen Beziehung geltend. Der fidejussor für eine klagbare Schuld braucht dem Gläubiger regelmäßig nur zu zahlen gegen Cession der actio des Letzteren gegen den ursprünglichen Schuldner, seine Haftung ist modificirt durch das s. g. beneficium cedendarum actionum, und es kann das in Wirklichkeit eine Modification genannt werden, da unter Umständen vermittelst dieses beneficii der fidejussor gänzlich von der Verpflichtung zu zahlen befreit wird.[27]) Bei der fidejussio für ein nat. debitum dagegen ist ein solches beneficium und die daraus abzuleitende Modification der Haftung undenkbar; bei der civ. obl. giebt der fidejussor dem Gläubiger zu seiner vorhandenen actio noch eine andere für den Fall, daß die erstere sich unwirksam erweisen sollte, und dieser kann daher wenn er aus der zweiten actio Zahlung erhält, die erste abtreten, bei der nat. obl. dagegen, wo ihm durch die fidejussio nur ein Recht gegen den Bürgen gegeben ist auf diejenige Zahlung, welche der ursprüngliche Schuldner ihm freiwillig machen

---

26) Vergl. Girtanner, a. a. O. §. 32. (S. 113.)
27) Vergl. Girtanner, a. a. O. §. 24 f. (S. 94.)

konnte ist die Haftung des Bürgen auch in dieser Beziehung eine unbedingte.

Die fidejussio ist aber nicht nur in der Beziehung ein Kennzeichen der nat. obligatio, als diese durch eine fidejussio sich manifestiren und bethätigen kann, sondern auch umgekehrt, insofern aus dem Vorhandensein resp. dem Fortbestand einer fidejussio, sobald derselben keine civ. obl. zu Grunde liegt, mit Sicherheit auf die Existenz einer nat. obl. geschlossen werden kann, mithin aus der sonst erwiesenen Nichtexistenz einer n. o. die Ungiltigkeit der unter dem Namen einer fidejussio abgeschlossenen obligatio gefolgert werden kann. Nur für eine obligatio kann giltig eine fidejussio bestellt werden, und wenn auch jede Art von obligatio dazu tauglich ist, eine obligatio in irgend einem Sinne wird stets verlangt. Die Beweisstellen dafür sind oben schon angeführt,[27b] und eben so diejenigen, in welchen aus der Nichtexistenz resp. der Aufhebung der nat. obl. die Ungiltigkeit resp. die Aufhebung der für die betreffende Leistung bestellten fidejussio gefolgert wird, Stellen, in denen offenbar gerade die Frage darauf gestellt war, ob unter den angegebenen Verhältnissen die Bestellung eines fidejussor eine rechtsgiltige sei, resp. dessen Haftung noch fortdauere.[28]

3. Constitutum.

Das Constitutum ist ein von dem debitor oder einem Dritten dem Gläubiger[29] gemachtes formloses Versprechen, den Gegenstand der alten obl. zu leisten, sei es ihn selbst, sei es ein Surrogat desselben, mit oder ohne irgend welche Modificationen, nämlich durch Zeitbestimmung, Ortsveränderung oder Bedingung, mit dem Erfolge, daß durch Leistung des constituto Versprochenen auch die alte obligatio getilgt werde.[30] Der Mangel der Form, der causa civilis, wird durch die Bezug-

27b) Siehe oben S. 88.

28) Siehe oben S. 126 und S. 54. Anm. 21.

29) Oder auch mit Einwilligung des Gläubigers einem Dritten. L. 5. §. 2. D. de const. pec. (XIII, 5.)

30) Vergl. Fuchs, über das Constitutum, im Archiv f. d. civ. Praxis. Band XLII. S. 172 ff.

nahme auf die bestehende obligatio beseitigt[31]), und wie auch ohne die actio die obligatio diese causa und zugleich den bestimmten Gegenstand liefert, worauf sich das constitutum stützt, so ist auch die nat. obl. eine hinlängliche Grundlage für das constitutum.

L. 1. §. 7. D. de const. pec. (XIII, 5.) Debitum autem vel natura sufficit (Ulp. lib. 27. D. ad Ed.); [32])

und umgekehrt erscheint das constitutum als eine Äußerung, Bethätigung und Kennzeichen der nat. obl. Daß hier unter nat. debitum ein debitum aus einer obligatorischen causa, nicht etwa ein nat. debitum im Sinne des zweiten Abschnitts verstanden ist, ergiebt außer dem oben angeführten Grunde auch der Zusammenhang. Der Praetor sagt in seinem Edict: qui pecuniam debitam constituit, und der Jurist bezieht das ohne Weiteres auf Obligationen, indem er alle Arten von Obligationen anführt, auf Grund deren ein Constitutum geschlossen werden kann. Er nennt zuerst das debitum, einerlei auf welchen Grund sich dasselbe stützt, sodann das naturâ debitum, und endlich den Gegenstand einer honoraria actio, weil auch das ein debitum sei. Daß es aber bei dem constitutum auf ein debitum nicht in dem strengsten Sinn desselben ankomme zeigt der Umstand, daß auch bei einer obl. ex die das Constitutum möglich ist, und daß nicht die formelle actio, sondern der materielle Inhalt des debiti Gegenstand des Constituti ist, ergiebt sich daraus, daß ein debitum jure civile, welches jure prae-

---

31) Vergl. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. S. 110.

32) Dieses ist die einzige Stelle, welche ausdrücklich der nat. obl. als hinlängliche Grundlage erwähnt, indessen geschieht das ohne jede Restriction. Gemeint ist das constitutum (deb. propr.) unzweifelhaft auch in L. 2. C. ad SCtum Macedon. (IV, 28.) Zenodorus si, cum sui juris esse publice videretur, aut patris voluntate contraxit, aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum: non esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est. (Impp. Sever. et Antonin.) Die practische Bedeutung des constitut. deb. propr. für nat. obll. ist hiernach von selbst klar.

torio i. e. per exceptionem non debebat, nicht Gegenstand eines Constitutum sein kann.[33])

Das Constitutum, mag es nun von dem debitor selbst ausgehen oder von einem Dritten, hebt die alte obligatio nicht auf, stellt sich vielmehr neben dieselbe, tritt mit ihr wegen der Identität des Objects, resp. soweit die Identität des Objects reicht, in das Verhältniß der Solidarität; erst die Erfüllung einer der beiden Obligationen tilgt beide.[34]) Ist nun das Constitutum von einem Andern als dem debitor ausgegangen — constitutum debiti alieni — so steht die obl. ex constituto ganz ebenso wie die fidejussorische Obligation, wie denn auch wenigstens im neuesten Recht, sobald nur das Constitutum gerade auf denselben Inhalt gerichtet ist, wie die alte obl., der Unterschied zwischen fidejussio und constitutum lediglich noch in den Begründungsacten zu erkennen ist. Aber auch, wenn ein aliud pro alio constituirt ist, bewirkt die Zahlung der alten obligatio die Aufhebung der obl. ex constituto, und ist die alte obl. nur eine nat., so haftet der Constituent unbedingt so lange die freiwillige Zahlung Seitens des debitor nicht erfolgt ist.

Ist das Constitutum dagegen von dem debitor selbst ausgegangen — constitutum debiti proprii — so zeigt sich, trotzdem, daß die alte obl. daneben fortbesteht, doch schon vor der Zahlung der Einfluß des Constituts, und in noch höherem Grade tritt dieser hervor, falls die alte Obligation eine naturalis ist. Das constitutum debiti proprii enthält das Verspre-

---

33) Zur Begründung eines constituti gehört allerdings eine obl. nicht aber zu dessen Fortbestand. Ist die obl. ohne Befriedigung des Gläubigers aufgehoben, so ist damit doch nicht die obl. ex const. weggefallen. L. 18. §. 1. D. de const. pec. (XIII, 5) quia retrorsim se actio refert. Die einmal giltig begründete actio de const. pec. folgt nur ihren eigenen Regeln, ist im weiteren Verlauf völlig selbständig. — In wiefern man aber gerade darum wieder von einer noch existirenden nat. obl. reden könnte, davon unten.

34) v. Savigny, Obl. R. I. S. 167. — Fuchs, a. a. O. S. 173. — Gegen die neuerdings von Kuntze, die Obligation, S. 196 ff., wenigstens für das const. debiti proprii aufgestellte Behauptung, das const. consumire die alte obl. jure praetorio, sei eine praetorische Novation, s. Fitting, Corr. Obl. S. 133 und die dort Angeführten.

chen das debitum zu zahlen, entweder unverändert, oder mit einer Modification, sei es hinsichtlich des Gegenstandes, aliud pro alio, weniger, oder alio loco, sei es durch Beifügung resp. Nichtbeifügung eines dies oder einer conditio, indem für eine betagte oder bedingte Schuld pure das Zahlungsversprechen gegeben wird, oder umgekehrt für eine pure Schuld das Constitutum diese Beschränkungen aufstellt. Ist das Constitutum seinem Gegenstande nach mit der alten obligatio völlig identisch und an den Gläubiger selbst geschehen, so ist die Folge, daß dem Gläubiger neben seiner bereits vorhandenen actio noch die actio de pecunia constituta zusteht. Letztere gewährte unter Umständen dem Gläubiger gewisse Vortheile, welche die ursprüngliche actio nicht bietet.[35]) Mit dem Wegfall dieser processualischen Besonderheit fällt aber, wenn nur das Constitutum lediglich und gerade auf das debitum gerichtet ist, jeder Grund weg, die beiden Obligationen noch von einander zu unterscheiden, es ist ein debitum, von dem einen Schuldner an den einen Gläubiger zu leisten, und zwar, auch wenn ex constituto geklagt wird, aus dem ursprünglichen Obligationsgrunde, denn nur wenn dieser als rechtsgiltig anerkannt wird hat das Constitutum einen Inhalt, eine Einrede gegen den Bestand der ursprünglichen obligatio müßte ebenso gut die actio aus dem constitutum wie die ursprüngliche actio aufheben. — Ist nun aber das debitum, für welches das Constitutum abgeschlossen wird, ein klagloses, so ist, da das Constitutum eine actio begründet, noch weniger ein Nebeneinanderstehen des nat. debitum und der klagbaren obligatio ex constituto zu unterscheiden, vielmehr ist nur eine, die klagbare obl. vorhanden, das Constitutum hat geradezu an die Stelle der nat. obl. eine civilis gesetzt, hat die nat. in eine civ. umgewandelt. Gegenstand des Constituti ist das nat. debitum, Constituent ist der Schuldner, das Constitutum geschieht zu Gunsten dessen, cui natura debetur, und somit ist das Constitutum eine Wiederholung der Schuld, eine Anerkennung und Weiterführung des Obligationsactes, Begründung der actio für das bereits ohne actio Geschuldete.[36]) Bei dem constitutum

35) Gai. IV. §. 171.

36) So z. B. bei der Schuld des servus; in anderer Form auch bei der obl. gegen das SC. Macedon. s. oben Anm. 32.

debiti alieni wurde in solchem Fall die Gedoppeltheit der obll. durch die Verschiedenheit in den Personen des debitor festgehalten, das aber fällt beim constitutum debiti proprii weg, und es kann keine Combination gedacht werden, durch welche es erforderlich wäre auf das ursprüngliche debitum naturale im Gegensatz von dem debitum ex constituto zurückzugreifen, denn selbst wenn aus Gründen, welche das debitum an sich nicht treffen, die actio ex constituto weggefallen sein sollte, ist das dann zurückbleibende naturale debitum eben so gut das durch das constitutum begründete, als das diesem constitutum zum Grunde liegende.

Ähnliche Folgen hat ein pure für ein debitum in diem geschlossenes constitutum.[37]) Hier geht die ursprüngliche Schuld ebenfalls in der constituirten auf, und die principale actio, wenn die Schuld eine klagbare, könnte nur etwa in dem Falle wieder hervortreten, daß die actio ex constituto aus einem das debitum selbst nicht berührenden Grunde weggefallen wäre, wo dann nach Eintritt des dies die alte actio wieder Platz greifen könnte. Ist aber die ursprüngliche Schuld eine naturale, so ist wieder das völlige Aufgehen derselben in der obl. ex constituto zu behaupten, sie wird eine klagbare Schuld, desselben Inhalts, wie die ursprüngliche klaglose, und auch nach etwaigem Wegfall der actio ist das übrig bleibende nat. debitum ebenso gut das aus dem constitutum wie das aus der alten obl., und eine auf Nichtexistenz der Schuld gegründete Abweisung der actio ex constituto hebt natürlich auch das ursprüngliche debitum auf.[38]) — Ein Constitutum für eine bedingte Schuld kann ein ebenso bedingtes sein, und hier ist dann, wenn die Bedingung eingetreten, das Verhältniß wie bei einem pure geschlossenen constitutum für eine pura obligatio; ist aber das constitutum pure geschlossen, so ist damit der dies für eingetreten, die Bedingung

---

37) L. 3. §. 2. D. de const. pec. (XIII, 5.)

38) Der Vortheil bei diesem Falle des Constitutum, um welches willen dasselbe vorzugsweise soll eingeführt sein – L. 3 §. 2. D. cit. — liegt vielleicht in der Befreiung von dem Beweis der Existenz der Hauptschuld; vergl. Fuchs a. a. O. S. 184 und namentlich 188. — Dagegen Bähr a. a. O. S. 111.

für erfüllt erklärt, und somit bei der klagbaren obl. an die Stelle der betagten und bedingten actio die pura actio getreten, an die Stelle des so beschränkten nat. debitum aber ein unbeschränktes klagbares debitum, bei welchem das nat. deb. als ein getrenntes nicht mehr erkannt werden kann.

Es kann aber auch eine pura obligatio bedingt oder betagt constituirt werden. Hat der debitor das jetzt Geschuldete sub die constituirt, so ist bis zum Eintritt des dies die ursprüngliche actio allein zulässig, mit dem Eintritt des dies aber auch die ex constituto, die Annahme des Constitutum auf einen späteren Termin Seitens des Gläubigers kann aber nur den Sinn haben, daß er nicht früher seine Forderung geltend machen will, ebenso wie Seitens des Schuldners das Constitutum nur den Zweck haben kann, sich bis zu dem aufgestellten Termine vor dem Andrängen des Gläubigers sicher zu stellen.[39] Darum wird dem Schuldner gegen den vor dem Eintritt des dies klagenden Gläubiger eine exceptio (doli) zustehen; nach Eintritt des dies fällt aber die ursprüngliche actio mit der ex constituto völlig zusammen. Ist aber das debitum, für welches ein constitutum abgeschlossen, ein naturales, so geht dasselbe vollständig in die klagbare obl. ex constituto über, wird selbst eine betagte, aber klagbare Schuld, und kann daher nicht mehr vor Eintritt des dies zur Compensation benutzt werden, wie dieses ohne das Constitutum möglich gewesen, nun aber wegen der aus diesem sich ergebenden exc. doli ausgeschlossen ist.[40] In ähnlicher Weise macht ein bedingtes Constitutum für eine unbedingte Schuld letztere zu einer bedingten, so daß wenn die ursprüngliche Schuld eine naturale, eine Zahlung derselben vor Eintritt

---

39) Selbst bei einem Constitutum ohne Termin soll ja schon dem Constituenten eine Frist zur Herbeischaffung der Zahlung von selbst gewährt sein. L. 21. §. 2. h. t.

40) Ist die Hauptobligation in diem begrenzt, das Constitutum unbetagt, so ist die actio ex const. auch nach Ablauf des dies begründet, deshalb denn auch der durch Zeitablauf herbeigeführte Verlust der ursprünglichen actio die obl. nicht zur klaglosen macht. L. 18. §. 1. eod.; vergl. v. Savigny, Syst. V. S. 402. Puchta, Vorles. Bd. I. S. 432. Fuchs a. a. O. S. 176.

der Suspensiv-, oder nach Eintritt der Resolutiv-Bedingung, falls sie irrthümlich, d. h. hier in der Meinung, daß das nat. debitum schon oder noch existire, gemacht ist, zur Repetition mit der condictio indebiti berechtigt.

Anders verhält sich aber die Sache, wenn, was auch gestattet ist, das Constitutum auf einen andern Gegenstand als den der Hauptschuld gerichtet ist; hier bleibt die alte Obligation an sich von dem Constitutum unberührt;[41]) ist sie eine klagbare, so besteht die daraus originirende actio neben der aus dem Constitutum hervorgegangenen, ist sie eine klaglose, so steht diese, falls das Constitutum das neue Object lediglich neben das ursprüngliche stellt, neben der auf eine andere Sache gerichteten klagbaren Schuld ex constituto, und erst die Zahlung der einen Schuld hebt auch die andere auf; ist aber das Constitutum ausschließend, so ist die alte obl. justo pacto aufgehoben.[42])

Aus allem diesem ist ersichtlich, von welcher großen und besonderen Bedeutung das Constitutum für die nat. obl. ist, in demselben ist für die nat. obl. geradezu die Möglichkeit gegeben,

---

41) L. 1. §. 5. D. de const. pec. (XIII, 5.) L. 10. 17. C. de solut. (VIII, 42.) Dabei ist aber zu unterscheiden, ob dem Willen der Constituenten nach das andere Object ausschließlich an die Stelle der ursprünglichen treten soll, oder ob dem Gläubiger ein Wahlrecht zustehen soll, im ersten Fall steht der actio auf jenes ursprüngliche Object eine exc. pacti entgegen.

42) Das Constitutum des Schuldners an einen Anderen als den Gläubiger erweist sich, wenn die constituirte Schuld eine klagbare ist, auch von Einfluß auf dieselbe, indem aus der stets erforderlichen Einwilligung des Gläubigers sich eine exceptio gegen dessen actio ergiebt. Ist aber die ursprüngliche Schuld eine klaglose, so kann die Einwilligung dessen, cui natura debetur, in ein Constitut an einen Dritten nur als ein pactum angesehen werden, wodurch die n. o. ipso jure aufgehoben wird. Hier hätten wir also allerdings der Sache nach eine novatio und zwar durch pactum, wenn aber das pactum für die ursprüngliche obl. diese völlig aufhebende Wirkung hat, so dürfte es doch wohl zweifelhaft sein, ob dann durch bloßes pactum die neue obl. begründet werden kann. Quellenzeugnisse kommen für diesen Fall nicht vor, denn die allgemeine Erklärung der Zulässigkeit des nat. deb. für ein constitutum bezieht sich offensichtlich auf den Fall des constituti an den ursprünglichen Gläubiger.

sich gleich einer vollen, klagbaren Obligation zu bethätigen. Holtius[43]) bemüht sich dagegen, das Constitutum „als Folge einer nat. obl." für „unbedeutend" hinzustellen, indem er ausführt, das nat. debitum sei nur ein factischer Bestandtheil des constituti, insofern als die rechtliche Wirkung des constituti eben auf dem Act des Constituirens beruhe und das nat. debitum nur die Grundlage dieses Actes sei, also nicht die Folge der n. o., welche gar nicht rechtlich, sondern nur als „materielles Factum" in Betracht komme, dem die „Bestätigung ein juristisches Leben schenkt." Allein hier ist es offenbar die Unklarheit, mit welcher man von rechtlichen Folgen und Wirkungen der natt. obll. zu reden sich gewöhnt hat, welche zu dieser Ausführung verleitet hat; eine Folge oder Wirkung der n. o. ist das Constitutum allerdings nicht, allein da das constitutum wie auf Grund einer klagbaren, so auch auf Grund einer naturalen Schuld errichtet werden kann, so ist dasselbe ein Geschäft, durch welches eine n. o. sich rechtlich bethätigen, zu einer rechtswirksamen werden kann, und nach dem oben Ausgeführten müssen wir das Constitutum gerade als ein höchst wichtiges Kennzeichen der n. o. betrachten.[44])

4. Pignus vel hypotheca.[45])

Daß auch durch Bestellung eines pignus oder einer hypotheca das nat. deb. sich bethätigen, daß m. a. W. für ein nat. deb. giltig ein Pfandrecht bestellt werden kann, daß das nat. deb. auch in sofern ein debitum ist, als zur Bestellung eines Pfandrechts ein debitum erfordert wird, ist mehrfach in den Quellen gesagt. So z. B. in

L. 5. pr. D. de pignorib. (XX, 1). Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione — — et vel pro civili, vel honoraria vel

---

43) A. a. O. S. 30 f. vergl. oben Seite 48.

44) Bisher ist immer vorausgesetzt, daß das constitutum eine actio begründe, es leidet aber wohl keinen Zweifel, daß auch ein klagloses constitutum vorkommen kann; welche Bedeutung dieses für den Fall des const. deb. proprii hat wird unten bei den einzelnen nat. obl. zu erörtern sein.

45) Vergl. Büchel, Erörterungen, Band II. Abh. 1. S. 119 f. namentlich S. 146 f. — Sintenis, Pfandrecht §. 10.

tantum naturali. (Marcian. lib. sing. de form. hypoth.)[46]

und ebenso wird der Fortbestand eines nat. debitum, wenn die actio hinweggefallen als für den Fortbestand des pignus genügend anerkannt:

L. 14. §. 1. D. eod. Ex quibus casibus naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. (Ulp. lib. 73 ad Ed.)

L. 2. C. de luitione pignor. (VIII, 31.) Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota. (Imp. Gord.)

Das Pfandrecht ruht auf selbständigen, von der obl., für welche es bestellt ist, unabhängigen Voraussetzungen, Zweck der Pfandbestellung und somit materieller Inhalt desselben ist aber die Sicherung der solutio eines debiti, resp. Ersatz für nicht erfolgte solutio debiti. Darum gehört dann zu den nothwendigen Voraussetzungen der Pfandbestellung ein rechtsgiltiges debitum, eine obligatio, und insofern als auch ein naturale debitum als solche Voraussetzung anerkannt wird und dieses debitum dann gerade durch das Pfandrecht eine rechtliche Bedeutung und Wirkung erlangt, ist das Pfandrecht ein insigne, ein Kennzeichen und rechtliches Merkmal der nat. obl.

Während man nun die Möglichkeit einer Pfandbestellung für die nat. obl. nicht leugnen konnte, hat man es doch vielfach in Zweifel gezogen, ob ein solches Pfandrecht ebenso vollwirksam sei, wie das für eine civilis obligatio bestellte, oder ob dasselbe nicht vielmehr lediglich ein Retentionsrecht sei. Letzteres behaupten Schulting,[47]) und Weber,[48]) deren Ansicht auch von einigen Neueren getheilt wird, namentlich von Holtius,[49]) der

46) Vergl. auch L. 13. D. de cond. ind. (XII, 6.) L. 1. §. 1. quae res pignori (XX, 3). L. 7. §. 15. D. ad SC. Maced. (XIV, 6.) L. 9. pr. eod.

47) l. l. cap. 14.

48) A. a. O. S. 107.

49) A. a. O. S. 26 f. Die neuere Literatur s. bei Büchel, a. a. O. S. 144. Anm. 2, bei welchem sich auch die beste Widerlegung dieser Ansicht findet.

auch hier sein Bestreben kund thut, die „Wirkungen" der Naturalobligation auf ein möglichst Geringes zu reduciren.

Zum Beleg für diese Ansicht wird angeführt, allgemein, daß das Accessorium nicht größer sein könne als das Principale, der Mangel der actio in der obl. also auch nothwendig bei dem accessorischen Pfandrecht stattfinden müsse, sodann daß bei dem pactum usurarium, für welches ein Pfand bestellt werden könne, dieses doch eben nur als Retentionsbefugniß vorkomme, und endlich daß wenigstens in einer Stelle dem Pfandrecht für ein nat. debitum geradezu die actio abgesprochen werde. Allein, was jene allgemeine Regel angeht, so ist dieselbe falsch und offenbar nur aus einer Verwechselung von Theil und Accession entstanden. Ein Theil kann allerdings nicht größer sein als das Ganze und namentlich auch nichts Anderes enthalten als das Ganze, die Accession aber ist dem Principalen gegenüber ein Selbständiges, ein Eigenes, welches mit jenem irgend wie in Verbindung steht, nicht aber jenes erst bildet, und wenn der Grund dieser Verbindung, wie in dem vorliegenden Fall, lediglich der ist, dem Principalen ein Schutz- und Sicherungsmittel beizufügen, so muß das Accessorium gewissermaßen immer ein Mehreres oder Stärkeres enthalten als das Principale, da nur dann der Zweck des Accessorii wirklich erreicht werden kann. Darum gewährt das Pfandrecht eine dingliche Klage, welche unter Umständen weiter reicht als die persönliche, und noch Erfolg hat, wenn die personale Klage sich als unwirksam erweist. Daß aber auch der gänzliche Mangel einer actio für das principale Verhältniß nicht die Möglichkeit einer solchen für das accessorische ausschließt, beweist schon die Möglichkeit einer vollgiltigen fidejussio für eine n. o., und daß auch in dem klaglosen debitum eine hinlängliche Grundlage für die Constituirung einer actio hypothecaria enthalten, sagen nicht nur die angeführten Stellen, sondern es wird das auch dadurch bestätigt, daß das Pfandrecht auf einem selbständigen Bestellungsact ruht, der zu seiner Voraussetzung nicht sowohl die actio hat, sondern gerade die solutio debiti sichern soll, abgesehen von der actio.[50]

Daß das aus dem für das pactum usurarium bestellten

---

50) S. die Formel der actio hypothecaria.

pignus entnommene Argument zu verwerfen ist, ergiebt sich nach dem im zweiten Abschnitt über das nudum pactum Gesagte von selbst, denn nur so lange man aus dem pactum usurarium eine nat. obligatio in dem gewöhnlichen Sinne ableitete und daran dann als einfache Folge die Möglichkeit einer Pfandbestellung knüpfte, konnte man dieses überhaupt hieher ziehen. Bei derjenigen Stellung, welche wir dem nat. debere ex pacto haben anweisen müssen, und nach Erkenntniß der Singularität, worauf das pignus für ein solches debere beruht, kann daraus für die hier aufgeworfene Frage Nichts entnommen werden.

Was dann endlich das erwähnte Quellenerzeugniß angeht, so ist dieses

> L. 2. D. quae res pignor. (XX, 3.) Si alius pro muliere quae intercessit, dederit hypothecam, aut pro filio familias, cui contra SCtum creditum est: an his succurritur, quaeritur? Et in eo quidem, qui pro muliere obligavit rem suam, facilius dicetur, succurri ei, sicuti fidejussori hujus mulieris eadem datur exceptio. Sed et in eo, qui pro filio familias rem suam obligavit, eadem dicenda erunt, quae tractantur et in fidejussore ejus (Gai. lib. sing. de formul. hyp.)

Hier wird eine Verpfändung für die Intercessionsschuld einer Frau und für die Darlehnsschuld eines filius familias einander in sofern gleichgestellt, als in beiden Fällen dem dritten Verpfänder ebenso wie einem fidejussor unter gleichen Verhältnissen geholfen, d. h. eine exceptio gegeben werden müsse. Damit soll nun bewiesen sein, daß das pignus nur immer ebenso hafte wie der Hauptschuldner, daß also im vorliegenden Fall dasselbe durch exceptio befreit sei, weil der Hauptschuldner ebenfalls durch exceptio vor der actio geschützt sei; da das aber nur Anwendung des allgemeinen Princips, so müsse, wo die actio ex obl. ipso jure nicht zustehe, auch die actio hypothecaria ebenso ipso jure nicht vorhanden sein. Allein schon die Verbindung, in der die exceptio, welche gegen die actio hypothecaria gegeben wird, hier steht, zeigt, daß der Grund derselben nicht die Klaglosigkeit der Hauptschuld ist, sondern bei der intercessio mulieris die Nichtigkeit der Hauptobligation, und bei der obl. des filius fem. die schon oben erwähnte Tendenz des SCti Macedon., den

filius gegen jede actio zu schützen, welche direct oder indirect aus dem mutuum sich ergeben könnte. Es wird hier nämlich offenbar vorausgesetzt, daß der Verpfänder das Entgegenstehen des SCti in dem vorliegendeu Falle nicht gekannt habe, und ferner daß er dem filius gegenüber an sich regreßberechtigt sei; da wird dann ebenso wie bei der Intercession durch fidejussio um dieses Regresses willen dem Verpfänder die exceptio SCti zugestanden, allein ebenso wenig wie man daraus die Klaglosigkeit der fidejussio für eine n. o. ableiten konnte, ebenso wenig folgt daraus der Mangel der actio bei einer Verpfändung für eine solche nat. obligatio.[51])

Ist aber das Pfandrecht für ein nat. debitum ebenso gut ein dingliches Recht, wie das für eine klagbare obl. bestellte, und begründet es ebenso wie dieses eine actio hypothecaria,[52]) so ist die nat. obl. durch eine solche Pfandbestellung zu einer wenigstens indirect erzwingbaren, klagbaren geworden, da die actio hypothecaria demjenigen, cui debetur die Möglichkeit gewährt auch ohne freiwillige solutio den Betrag des debitum sich zu verschaffen. Aber auch nach der andern Seite ist das Pfandrecht ein Kennzeichen der nat. obl., indem überall, wo wir ein solches ohne ein klagbares debitum finden, der Bestand einer nat. obl. angenommen werden muß, weil nur für eine obligatio, welcher Art sie auch sei, ein Pfand bestellt werden kann, und ein bestelltes Pfand auch nur so lange fortbestehen kann, als ein debitum, wenn auch nur ein klagloses, vorhanden ist. Selbst da, wo scheinbar die ganze obl. untergegangen ist, aber dennoch aus den für das Pfandrecht geltenden Regeln und Voraussetzungen der Fortbestand desselben angenommen werden

51) Vergl. auch Büchel, a. a. O. S. 140. 146.

52) Daß auch der materielle Gehalt des Pfandrechts vorhanden sei, zeigt u. A. auch L. 101. D. de solut. (XLVI, 3). Eine Modification des Pfandrechts für ein nat. deb. zeigt sich aber ähnlich wie bei der fidejussio in Bezug auf den Regreß; der dritte Pfandbesitzer kann, im Fall er dem Gläubiger die Pfandsumme offerirt, die Cession des Anspruchs für welchen das Pfand bestellt worden, erlangen. — L. 19. D. qui potiores in pign. (XX, 4) das muß wegfallen, wenn die durch das Pfand geschützte obl. eine klaglose ist und folglich kein Cessionsobject vorhanden ist.

muß, wird deshalb der Fortbestand der nat. obl. behauptet, zum sicheren Zeichen, daß man sich ein Pfandrecht ohne eine obl., wenigstens eine nat. obl., nicht denken konnte.[53]) Daß in dem Pfandrecht für das pactum usurarium eine Ausnahme von dieser Regel nicht enthalten sei, bedarf nach dem vorhin Gesagten keiner besonderen Ausführung.

5. Novatio.

Eine Obligation kann, wie durch solutio, so auch durch Begründung einer neuen obligatio, eine novatio, aufgehoben werden, die neue, durch stipulatio, eine an sich genügende formelle obligatorische causa, begründete, auf dasselbe wie die alte obl. gerichtete obligatio hebt diese letztgenannte, an deren Stelle sie tritt, ipso jure oder per exceptionem auf. Solche novatio ist nun auf Grund eines nat. debiti möglich, und die aufhebende Wirkung derselben ist nicht dadurch bedingt, daß die neue obl. eine civilis ist, sondern auch eine nat. obl. hat denselben Erfolg, die novatio kann sich ganz und gar auf dem Gebiet der klaglosen Obligationen bewegen, ist in keiner Beziehung an eine actio und ein klagbares debitum gebunden.

L. 1. D. de novat. (XLVI, 2.) Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio; hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. — — §. 1. Illud non interest, qualis processit obligatio; utrum naturalis, an civilis an honoraria, et utrum verbis, an re, an consensu. Qualiscunque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest; dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. (Ulp. lib. 46. ad Ed.)

Mithin kann die nat. obl. sich durch die novatio in dreierlei Weise bethätigen, einmal kann nämlich durch novatio eine klaglose obl. zu einer klagbaren werden, sodann kann auch die klaglose obl. eine bestehende civ. obl. aufheben, und endlich kann auch durch novatio ein klagloses debitum aus irgend welchem materiellen Grunde in ein anderes ebenfalls klagloses,

---

53) Über L. 59. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1) ausführlicher unten

aber auf formaler causa ruhendes umgewandelt werden. — Die novatio setzt immer voraus, daß in der neuen obl. aliquid novi sei, nämlich entweder eine Veränderung in den Personen oder in dem Inhalt der alten obligatio, die neue obligatio bewirkt die Aufhebung der alten entweder interventu novae personae[54]) oder aber unter denselben Personen si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies adjiciatur, vel detrahatur.[55]) Außerdem kann aber auch eine obligatio lediglich in stipulationem deducirt werden, so daß mit Aufhebung der bis dahin bestehenden obl. eine neue verborum obligatio begründet wird, das Neue also in der neuen causa und mithin neuen actio besteht,[56]) und gerade diese letzte Form der novatio ist es, welche für das nat. debitum eine besondere Bedeutung hat, denn durch diese ist die Möglichkeit gegeben, dasselbe unmittelbar und unverändert durch Abschluß einer stipulatio auf den Inhalt desselben geradezu in ein klagbares zu verwandeln. Denn während bei einer so unveränderten Novation einer klagbaren Obligation zugleich mit der Begründung der neuen actio die alte aufgehoben wird, bleibt bei derartiger Novation eines nat. debitum dieses vollständig bestehen, geht nur in der neuen actio auf.

Fällt diese actio aus irgend welchem Grunde später wieder weg, so ist es gar nicht zu unterscheiden, ob das dann etwa zurückbleibende nat. debitum aus der neuen oder der alten obl. ist, weil beide dem Inhalte nach gleich sind, und die Frage, auf welche der beiden vorgekommenen causae das debitum zurückzuführen sei, überall nicht in Betracht kommen kann. Denn selbst wenn es sich darum handeln sollte, ob dieses debitum giltig durch acceptilatio, welche nur bei verborum obll. möglich, aufgehoben werden könne, stehen beide causae einander gleich, weil ein nat. debitum jedenfalls durch pactum, wie es auch in der acceptilatio enthalten ist, ipso jure aufgehoben wird.[57])

---

54) Delegation, Expromission.

55) Gai. III. §. 176. — §. 3. J. quib. mod. obl. toll. (III, 29.) Über die Ungiltigkeit der Expromission Seitens eines servus s. unten.

56) Vergl. z. B. §. 2. J. eod. — Brinz, Pand. S. 554.

57) L. 8. pr. D. de acceptil. (XLVI, 4) s. oben S. 129. Anm. 9.

Wenn daher die stipulatio, in welche das nat. debitum deducirt wird, aus irgend einem Grunde ebenfalls der actio entbehrt, so ist solche novatio völlig wirkungslos, anders wie wenn ein civ. debitum auf solche Weise novirt wird, da in diesem Falle durch die neue klaglose Obligation doch die actio der alten obl. aufgehoben wird.

Die novatio ist aber auch in sofern ein Kennzeichen der n. o. als dieselbe zu ihrer Giltigkeit immer eine obligatio voraus setzt, und immer nur wirkt durch eine neue obligatio; wo wir also eine novatio finden, ohne daß derselben eine klagbare Schuld vorhergeht, ist immer mit Sicherheit eine nat. obl. anzunehmen.

6. Compensatio.[58])

Bisher haben wir gesehen, daß die nat. obl. sich dadurch bethätigt, daß eine Reihe von freien, selbständigen Rechtsacten, welche für ihre Giltigkeit eine obligatio voraussetzen, auf Grund eines nat. debitum ebenso gut vorgenommen werden können, wie auf Grund eines civile debitum, und daß diese Rechtsacte, weil an sich das n. debitum keine Rechtswirkung hat, als Kennzeichen, als Manifestationen angesehen werden können, durch welche der n. obl. eine rechtliche Bedeutung ertheilt wird. Wenn wir nun aber das nat. debitum als einen Gegenstand der Compensation bezeichnen müssen, so scheint es, als ob wir damit dem nat. debitum eine, wenn auch nur unter bestimmten Umständen mögliche, doch, wo sie statthaben kann, unmittelbare Rechtsfolge, Rechtswirkung beilegen, weil dadurch demjenigen, cui debetur die Befugniß gegeben ist, sich gegen den Willen des nat. debitor wegen des nat. debiti bezahlt zu machen.

Die Tauglichkeit des nat. debitum zu der Compensation, ebenso wie des civ. debitum bezeugt:

L. 6. D. de compens. (XVI, 2.) Etiam quod natura debetur, venit in compensationem (Ulp. lib. 30. ad Sab.)

und daß das nicht blos von der compensatio ex eadem causa zu verstehen ist, wo nicht sowohl compensirt, als vielmehr durch Inbetrachtnahme des ganzen obligatorischen Verhältnisses der Umfang der gegenseitigen Ansprüche resp. Schulden festgestellt

58) Dernburg, Compensation, S. 438.

wird,[59]) auch nicht etwa blos von dem auf freiwilliger Einigung der Parteien ruhenden Compensationsgeschäft, welches der solutio vollkommen gleich steht, sondern von der Compensation, welche ein Recht des Beklagten ist, falls der Kläger zugleich sein Schuldner, zeigt die Anwendung, welche der obige allgemeine Satz gefunden hat in

L. 20. §. 2. D. de statulib. (XL, 7.) Quod si heredi dare jussus est decem, et eam summam heres debeat servo: si velit servus eam pecuniam compensare, erit liber (Paul. lib. 16 ad Plaut.)[60])

Der servus, dem von seinem Herrn befohlen ist, dem Erben eine Summe zu zahlen, als Bedingung für seine Freiheit, erfüllt diese Bedingung durch die Erklärung seiner Bereitwilligkeit mit dem, was der heres ihm, dem servus, also nur naturaliter schuldet, zu compensiren.[61]) Derjenige, cui debetur, kann also, falls er von dem nat. debitor aus irgend welchem Grunde belangt wird, wenn nur beide Schulden auf ein und dasselbe genus gerichtet sind, die erhobene actio abweisen und sich liberiren dadurch, daß er das ihm zukommende naturale debitum zur Abrechnung offerirt. Wäre der Beklagte civilis creditor, Forderungsberechtigter gegenüber dem Kläger, so könnte man seine Bereiterklärung zur Compensation als ein Fallenlassen seiner actio bezeichnen, durch welche dann die ganze obl. aufgehoben wäre, ist aber der Beklagte nur ein solcher, cui natura debetur, so kann die von ihm ausgehende Compensation nur die Erklärung sein, das nat. debitum als gezahlt annehmen zu wollen. Darin liegt dann aber keineswegs ein Zwang zu irgend einer Leistung auf Grund der nat. obl., sondern nur ein Festhalten an dem factisch zwischen beiden Parteien bestehenden Verhältnisse

---

59) In dieser Bedeutung ist von Compensation die Rede in L. 9. §. 1. D. de compens. (XVI, 2.) Si cum filio familias aut servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus: quamvis si ageremus, duntaxat de peculio praesteratur. (Paul. lib. 32. ad Ed.)

60) Diese Stelle übersieht Holtius (a. a. O. S. 28.). Unter Beachtung derselben wäre sicherlich sein ganzes Raisonnement anders ausgefallen.

61) Vergl. L. 2. D. eod.

unter Hinweisung darauf, daß dieses Verhältniß dasselbe bleiben werde, falls beide Obligationen durch solutio getilgt seien, daß mithin kein Interesse bestehe, dieselben noch aufrecht zu erhalten. Dabei kann aber allerdings nicht geleugnet werden, daß durch dieses Compensationsrecht mit dem nat. debitum, letzteres unter den zur Compensation erforderlichen Voraussetzungen einem klagbaren gleichgestellt wird, insofern als die Realisation des Forderungsrechts des nat. debitor abhängig gemacht wird von der Zahlung des nat. deb., letzteres selbst wider den Willen des nat. debitor durch Abweisung und Aufhebung seiner actio erfüllt wird und zwar in Folge einer dem cui nat. debetur zustehenden Befugniß, wenngleich man auch sagen muß, daß er diese Befugniß nur in seiner Eigenschaft als civ. debitor hat. Schon v. Scheurl[62]) hat darauf aufmerksam gemacht, daß diese Compensation mit einem nat. deb. sich erst durch einen so späten Juristen, wie Ulpian, in den Quellen bezeugt findet, und daß daraus vielleicht zu entnehmen, diese Befugniß sei erst später der nat. obl. zugesprochen. Die aequitas, welche sonst als Grund für die Zulassung der compensatio anstatt der reellen Zahlung angeführt wird, enthält nämlich in dem vorliegenden Fall zugleich eine Härte gegen den civilen Gläubiger, so daß man eine Zeit lang zwischen der Rücksicht auf diese aequitas oder diese iniquitas geschwankt haben mag. Allein je mehr sich der Begriff des nat. deb. als eines wirklichen, rechtlichen debiti geltend machte, je mehr man nicht sowohl in der Aufstellung dieses debiti als eines solchen, sondern in der Nichtexistenz der actio für dasselbe das Anomale sah, desto geneigter mußte man sein, diese Compensation, weil sie dann doch in keinerlei Weise sich als actio darstellte, auch bei der nat. obl., einer wirklichen obligatio, welcher nur die actio fehlte, zuzulassen.

Von wie großer practischer Bedeutung aber diese Compensationsfähigkeit für das nat. debitum sein muß, liegt auf der Hand, und auch darum erscheint es wieder auffallend, daß die Quellen diese Art der Bethätigung einer n. o. so selten erwähnen. Das hängt aber offenbar damit zusammen, daß der Mangel der actio bei einer obligatio oft auf Gründen

62) Beiträge zur Kunde des R. Rs. Heft 2. (1852.) S. 171.

ruht, welche auch gegen den, cui nat. debetur, eine actio ausschließen und somit für den Gebrauch dieses Compensationsrechts, welcher nur von dem Verklagten gemacht werden kann, keinen Raum gewähren; ferner daß zur Durchführung der Compensation es nothwendig einer richterlichen Cognition über den Bestand des nat. debiti bedarf und in manchen Fällen die nat. obl. gerade dadurch der actio entbehrt, daß aus irgend welchem Grunde eine solche richterliche Cognition überhaupt ausgeschlossen ist. Ob auch in der Bestimmung der

> L. 14. D. de compens. (XVI, 2.) Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt; (Javolen. lib. 15. ex Cassio.)

eine Beschränkung des Gebrauchs der Compensation mit nat. debitis enthalten sei, scheint zweifelhaft. Es können allerdings Forderungsrechte durch exceptiones — gleich anfänglich oder nachträglich — dermaßen aufgehoben werden, daß ein nat. debitum zurückbleibt, mit diesem könnte dann nach der L. 14. cit. nicht compensirt werden. Ebenso gut kann aber die L. cit. auch von den Fällen verstanden werden, wo, wie es die Regel ist, die exceptio mit der actio auch die ganze obligatio, das debitum in jedem Sinn aufhebt, so daß dieses wegen der besonderen processualischen Form der exceptio nur noch eine Scheinexistenz behält. Für letztere Erklärung der genannten Stelle, welche die fast allgemein angenommene ist,[63] spricht, daß auch sonst in dieser Beschränkung von der Wirkung der exceptio gesprochen wird, und daß ferner nicht einzusehen ist, warum, falls einmal das nat. debitum an sich als zur Compensation tauglich anerkannt worden, in Bezug auf einzelne solche debita eine Ausnahme gemacht sein sollte. Auf der andern Seite läßt sich aber auch nicht die Möglichkeit leugnen, daß der Grund der exceptio, selbst wenn er den Bestand der obl. als naturalis unangetastet läßt, doch zugleich ein solcher sein kann, daß er die Verwendung derselben zur Compensation wegen der zu diesem Zwecke nothwendigen gerichtlichen Geltendmachung und Erörterung nothwendig

63) Z. B. Dernburg, a. a. O. Dagegen ist Christiansen, S. 140, indessen aus Gründen, die lediglich seiner willkührlichen Theorie von n. o. entnommen sind.

ausschließt. Der Grund der Unzulässigkeit solcher debita zur Compensation läge dann aber nicht allein in ihrer Klaglosigkeit, sondern in einem Anderen,[64]) und ist daher jedenfalls hier, wo es sich nur überhaupt um die Möglichkeit einer Compensation mit einem nat. debitum handelt, noch nicht zu erörtern. Wir kommen unten auf diesen Punkt zurück.

Die besondere practische Bedeutung der Compensation für das nat. debitum, nämlich, daß dadurch dem, cui debetur, ein Mittel in die Hand gegeben wird, sich wegen des nat. debitum auch gegen den Willen des debitor zu befriedigen, tritt auch noch in einer anderen Form hervor. Wenn ein Beklagter die ihm mögliche Compensation versäumt und dem Kläger zahlt, so steht ihm nicht nur die actio auf das debitum zu, mit welchem er hätte compensiren können, sondern er hat auch eine condictio indebiti auf das in Folge der Klage aus der anderen Obligation Gezahlte.[65]) Ist nun das compensabele debitum ein klagloses, und der debitor civilis kann das gezahlte solutum wegen jenes nat. debitum repetiren, so ist, wenn auch nicht der Form, so doch dem practischen Resultat nach, dem cui natura debetur ein Mittel gegeben, das nach der Zahlung des civ. debitum nunmehr noch allein bestehende nat. debitum einzufordern, denn da die condictio immer nur wieder unter dem Angebot der Compensation erhoben werden kann, so wird durch die Zahlung auf die condictio des nat. debitum getilgt.

7. Deductio.

Ähnlich der compensatio finden wir in den Quellen auch noch der deductio erwähnt, welche gegenüber einer Forderung gegen das peculium von Seiten des dominus oder pater angewandt werden kann, um sich wegen der mit ihm contrahirten klaglosen Schulden des servus oder filius zu befriedigen.[66]) Hat

64) S. Dernburg, a. a. O.

65) L. 7. §. 1. D. comp. (XVI, 2.) Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio, nec enim rei judicatae exceptio objici potest. (Ulp. lib. 28. ad Ed.) L. 10. §. 1. D. eod. Si quis igitur compensare potens, solverit, condicere poterit, quasi indebito soluto (Ulp. lib. 63 ad Ed.) — Puchta, Vorles. zu §. 290.

66) v. Savigny, System Bd. 2. S. 35. 36. 54.

nämlich der servus oder filius ein peculium, so ist der dominus resp. pater wegen der von dem servus mit Dritten contrahirten Obligationen bis auf den Belauf des peculii klagbar verhaftet. Bei der nunmehr entstehenden Frage, was zum peculium gehöre, womit also der dominus verhaftet sei, sollen auch die zwischen dem dominus und servus contrahirten Obligationen der Art in Betracht gezogen werden, daß einerseits das vom dominus dem servus Geschuldete als Bestand des peculii betrachtet wird, und ebenso umgekehrt das peculium als durch das debitum des servus vermindert dasteht, so daß diese deductio als eine Erfüllung resp. Hinweisung auf Erfüllung der n. o. erscheint, als eine Bethätigung derselben, wodurch sie in das Recht wirksam eintritt. Daß der Grund dieser deductio gerade die n. o. sei, sagt

> L. 38. §. 1. D. de cond. ind. (XII, 6) — — nam manere naturalem obligationem argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater quod sibi filius debuisset —. §. 2. — — manere naturalem obligationem, eodem argumento probatur, quod si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset, computetur. (Afric. lib. 9. Quaest.)

Zur Erklärung dieses Deductionsrechts des dominus wird angeführt, es müsse so angesehen werden, als sei derselbe dem dritten Gläubiger zuvorgekommen, habe gegen den servus geklagt und sich bezahlt gemacht, denn es sei nicht anzunehmen, daß der dominus das ihm Geschuldete noch in dem (möglicher Weise Dritten verhafteten) peculio belassen habe.[67] Der beklagte dominus, indem er das nat. debitum deducirt, erklärt mithin, den Betrag desselben vom peculium eingezogen zu haben, da aber solche Einziehung an sich den dominus Dritten gegenüber nicht befreit, so muß er sich darauf berufen, daß der Gegenstand derselben eine an ihn zu zahlende Schuld sei, und der Kläger,

67) L. 9. §. 2. D. de pecul. (XV, 1.) Peculium autem deducto quod domino debetur, computandum esse: quia praevenisse dominus, et cum servo egisse creditur. — §. 4. Nam, ut eleganter Pedius ait, ideo hoc minus in peculio est, quod dominus vel patri debetur, quoniam non est verisimile, dominum id concedere servo in peculium habere, quod sibi debetur. (Ulp. lib. 29. Ed.)

da er selbst seinen Anspruch auf eine de peculio vom servus contrahirte Schuld stützt, muß sich unter diesen Umständen die Einziehung gefallen lassen. Daß hier derjenige, cui nat. debetur, ohne eine Rechtshandlung im Stande ist, sich wegen des debiti zu befriedigen, liegt in der eigenthümlichen Stellung der Parteien, die bei anderen Naturalobligationen sich nicht findet, weshalb dann auch bei diesen von einer Deduction keine Rede sein kann.

Ist aber auf der andern Seite der dominus verpflichtet, das von ihm dem servus Geschuldete in das peculium einzurechnen, so ist damit allerdings nicht dem servus cui debetur, wohl aber dem dritten Kläger de peculio ein Zwangsmittel gegen den dominus gegeben auf Zahlung des nat. debiti. Er tritt mit der Behauptung auf, daß der Gegenstand des nat. deb. wie durch Zahlung Seitens des dominus an den servus (die natürlich keine rechtliche Übertragung sein kann) Theil des peculii geworden und damit einer willkührlichen Rücknahme Seitens des dominus entzogen ist, wenigstens soweit Dritte einen Anspruch auf das peculium haben.

Sobald durch Ansprüche Dritter die Berechnung des peculii erforderlich wird, gelten also die nat. debita nach beiden Seiten hin als debita, insofern als sie das peculium vermehrend oder mindernd zu denken sind. Der actio de peculio gegenüber wirkt das nat. deb. an den dominus ähnlich wie eine Compensation.

§. 14.

Wenn wir nun nach diesen Kennzeichen den Inhalt eines nat. debitum oder einer nat. obligatio bestimmen sollen, so können wir das am besten mit Brinz's Worten[1]) dahin thun: das nat. debitum ist ein zahlbares, erfüllbares, nicht klagbares; die nat. obl. eine erfüllbare, nicht klagbare. Denn, in der That, haben alle diese Acte, welche als Kennzeichen der n. o. genannt sind, das Gemeinsame, daß sie die nat. obl. als eine solche hinstellen, welche gezahlt werden kann, aber wegen Mangels der actio nicht gezahlt werden muß; die im vorigen §. aufgezählten

1) S. Brinz, krit. Bl. a. a. O. S. 48.

Erscheinungen sind directe oder indirecte Erfüllungen oder doch Rechtsacte zum Zweck der Sicherung oder Herbeiführung der Erfüllung des nat. debiti.

Den unmittelbarsten, directesten Ausdruck findet dieser, allerdings nirgends in den Quellen abstract ausgesprochene Satz in dem allgemeinen Ausschluß der soluti repetitio, also auch namentlich da, wo die Zahlung irrthümlich gemacht ist, denn in diesem Falle kann die Leistung nicht auf Grund des Willens des Leistenden als solutio aufgefaßt und darum für unwiderruflich erklärt werden, die Leistung ist vielmehr solutio darum, weil das Recht selbst die Leistung eines nat. debitum als eine solutio anerkennt. Dieselbe Erscheinung haben wir auch schon bei den Fällen des naturaliter debere ohne obligatorische causa kennen gelernt, und in diesem Punkte stehen daher diese Fälle des natura debere und die nat. obll. einander gleich; beide sind erfüllbare Verhältnisse, insofern der Ausschluß der soluti repetitio die gemachte Leistung als eine solutio erscheinen läßt, allein während dieses Resultat für die Fälle des nat. debere im zweiten Abschnitt nur als eine Folgerung aus der besonderen Fassung der condictio indebiti (und viellicht allgemein der condictiones sine causa) dastand, daher diese Fälle des n. debitum gleichsam nur nachträglich als zahlbare, erfüllbare anerkannt waren, gelten die auf obligatorischen Grund gestützten nat. debita, die nat. obll., unmittelbar und auch schon vor gemachter solutio als bestehende erfüllbare debita und Obligationen, und sind daher auch hinlängliche Voraussetzungen solcher Rechtsacte, welche ein bestehendes debitum verlangen. Von den hieher gehörigen Erscheinungen steht der solutio am nächsten die compensatio;[2] das nat. debitum, mit welchem compensirt werden kann, ist noch nicht gezahlt, aber gerade weil es auch während seines Bestehens schon als ein solches im Recht gilt, welches gezahlt werden kann, ist es demjenigen, cui debetur, gestattet, mit demselben zu compensiren, und dadurch dem Effect

2) Daß auch die acceptilatio, welche selbstverständlich bei der n. obl. ebenso möglich wie bei der civilis, den Solutionscharakter trägt, bedarf keines Nachweises. Vergl. Kuntze, a. a. O. S. 178 f. und L. 107. D. de solut. (XLVI, 3.)

nach, in Verbindung mit der anderen Obligation, die solutio herbeizuführen.[3]) Daß ein nat. debitum zur Compensation gebraucht werden kann läßt dasselbe als ein noch nicht erfülltes aber erfüllbares erscheinen. — Ähnlich steht es mit der deductio beim Peculium, denn auch hier ist dem dominus gestattet, das nat. debitum abzuziehen, weil dasselbe nicht ein solutum, wohl aber ein solvendum ist. Die deductio selbst enthält keine materielle Befriedigung und Erfüllung für den dominus, sie befreit ihn aber von einer Verpflichtung zur Herausgabe an Dritte, und zwar nur unter dem Gesichtspunkte, daß das Retinirte als ein solutum der nat. obl. angesehen werden müsse. So ist auch die deductio eine solutio des nat. debiti, und zeigt das letztere auch als ein solvendum.

In gleicher Weise tritt das nat. debitum als ein erfüllbares bei den übrigen oben genannten Erscheinungen der n. obl. hervor, denn die novatio ist geradezu solutio[4]) der novirten Obligation, wenigstens eine satisfactio für den Berechtigten, welche der Zahlung sehr nahe steht, und darum mit dieser auch in den Quellen verglichen wird,[5]) jedenfalls aber eine Erfüllung der alten Obligation genannt werden muß. Daß eine nat. obl. novirt werden kann, heißt also auch Nichts, als daß sie erfüllt werden kann, und indem zu der Vornahme einer giltigen Novation ein debitum gehört, ist die Novirbarkeit des nat. debitum ein Beweis für die rechtliche Existenz desselben als eines debitum solvendum. Ebenso ist durch die Zulassung von Pfand und Bürgschaft für ein nat. debitum dieses letztere als ein bestehendes solvirbares debitum charakterisirt, denn der Zweck von Pfand- und Bürgschaftsbestellung ist Sicherung für die noch nicht gemachte Zahlung, kann also nur vorkommen, wo eine Zahlung überhaupt möglich ist. Soll nun beim nat. debitum das Pfand und die Bürgschaft die Leistung des Inhalts dieses

---

3) S. oben Seite 217.

4) S. oben Seite 176 Anm. 49. — Kuntze, a. a. O. S. 179.

5) L. 31. §. 1. D. de novat. (XLVI, 2.) Novatione quoque liberare eum ab altero poterit, cum id specialiter agit. Eo magis, cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus. (Venulej. lib. 3. Stipul.)

debiti garantiren, so muß dieselbe eine solutio sein, das n. debitum vorher als ein solvendum gelten. Das Pfandrecht wird ausdrücklich auf die solutio oder satisfactio gestellt,[6]) so daß also Erfüllung im Allgemeinen der Zweck, Erfüllbarkeit im Allgemeinen die Voraussetzung desselben ist; ein Gleiches gilt aber auch von der fidejussio, denn der Bürge verspricht entweder dasselbe zu zahlen, was der Hauptschuldner seiner Obligation gemäß zu zahlen hat, oder doch durch Zahlung eines anderen den Gläubiger wegen der Nichtzahlung Seitens des Hauptschuldners zu befriedigen. Darum kann denn auch die Obligation des Bürgen wohl auf ein Weniger, nicht aber auf ein Mehr gestellt sein als die Obligation des Hauptschuldners.

Das Constitutum endlich zeigt ebenfalls das nat. debitum in keiner anderen Beziehung; es steht, wenn es von einem Dritten ausgeht, auf denselben Voraussetzungen, und hat denselben Zweck wie die fidejussio, wenn aber von dem Schuldner selbst, so ist es in dieser Beziehung mit der Novation zu vergleichen, und dieses gilt nach dem oben über das Constitutum Ausgeführten bei dem nat. debitum in noch höherem Grade als bei dem civ. debitum. Jedenfalls erscheint auch in dieser Hinsicht das nat. debitum als ein solvendum.

Erwägen wir nun, daß das nat. debitum ein erfüllbares, und zwar wegen des Mangels der actio ein solches, welches nur durch freiwillige, nicht durch das debitum selbst herbeigeführte solutio oder andere diesen Zweck direct oder indirect verfolgende Rechtsacte erfüllbar ist, daß ferner zur Begründung eines solchen debiti ebenso wie zu der eines civiliter debitum ein rechtsgiltiger Obligationsact, eine causa civilis, erforderlich ist, so ergiebt sich, daß nach der Anschauung des Römischen Rechts der Obligationsact, die obligatorische causa, auch ohne die aus demselben erwachsende actio, also der Obligationsact lediglich seinem Inhalte nach für eine rechtliche causa solvendi gilt, deren Realisation dann freilich, eben weil die actio und

6) Vergl. die Formel der Pfandklage: nisi solutum nec alio modo satisfactum creditori. — L. 6. §. 1. D. quib. mod. pign. (XX, 6.) L. 52. D. de solut. (XLVI, 3.) — Rudorff, in Ztschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft. Band 13. S. 186 ff.

somit die Befugniß dessen, welchem jenem Inhalt gemäß gezahlt werden soll, fehlt, von einem selbständigen, freiwilligen Erfüllungsact des Schuldners oder eines Dritten abhängig ist.

Eine derartige Auffassung des Obligationacts, sei dieser nun ein Rechtsgeschäft oder ein anderes Factum, rechtfertigt sich durch die Natur dieses Actes, denn derselbe bildet nicht ein in sich völlig Abgeschlossenes, ist nicht, wie z. B. die Constituirung eines dinglichen Rechts, eine vollständig in sich fertige Rechtshandlung, sondern weist durch seinen Inhalt stets über sich selbst hinaus. Das obligatorische Rechtsgeschäft und diese causa ist es vorzugsweise, auf welche es hier ankommt, enthält eine Contrahirung zum Zweck einer demnächstigen Distrahirung, der Inhalt des Obligationsacts ist überall der, daß Etwas geschehen soll, daß eine Leistung gemacht werden soll, und in vielen Fällen die Absicht der Parteien, aber wenn diese auch fehlt, in allen Fällen die Absicht des Rechts, indem dasselbe den betreffenden Act für obligatorisch erklärt, ist nicht sowohl allein auf die Constituirung der obligatio an sich, sondern auf diese zum Zweck der demnächstigen solutio gerichtet. Erst die solutio obligationis stellt das Resultat her, dessen Herbeiführung das Recht mit oder ohne den Willen der Parteien beabsichtigt.

Wenn es aber der Wille des Rechts ist, welcher den Obligationsact zu einer causa solvendi macht, insofern, als nämlich nur dadurch dieser Act eine causa solvendi wird, daß das Recht denselben für einen obligatorischen erklärt, so muß zugestanden werden, daß diese rechtliche Anerkennung eines Factums als causa solvendi sich gerade in dem Aufstellen der actio für dessen Inhalt, und somit in der Constituirung eines wirklichen, eigentlichen debitum äußert, daß dann die solutio und auch die Solvirbarkeit als unmittelbare Folge der actio und des debitum erscheint, und selbst wenn die solutio freiwillig geschieht, dieselbe sich als eine Manifestation dieser Erzwingbarkeit darstellt. Allein so richtig es auch ist, daß die solutio in solchem Falle Aufhebung der actio und des debitum, und gerade damit der causa solvendi ist, so verliert doch, auch wenn die actio vorhanden, der Obligationsact an sich durchaus nicht seine Bedeutung für die Solvirbarkeit der obligatio, denn die Ausführung des Inhalts des Obligationsactes ist durchaus nicht

abhängig von der Existenz eines Rechts, durch welches dieselbe bewirkt werden kann — und das allein ist der Inhalt der obligatorischen actio —, setzt nicht die Geltendmachung dieses Rechts nothwendig voraus, sondern ist vielmehr der Art, daß ihre freiwillige Vornahme vorausgesetzt wird. So lange nun, wie es namentlich bei Vertragsobligationen die Regel sein wird, der betreffende Interessent den Inhalt des Obligationsactes freiwillig anerkennt und zwar durch Ausführung desselben, kommt das dem andern Contrahenten auf diesen Inhalt zustehende Forderungsrecht überall nicht in Betracht, denn die Solutionsacte und andere auf die solutio bezüglichen Geschäfte sind giltig als freie Handlungen der Parteien, und erhalten ihren bestimmten rechtlichen Character durch die dem Recht entsprechende Bezugnahme auf den vorhergehenden auch vom Recht als solchen anerkannten Obligationsact. In ihrem gesunden, naturgemäßen Zustande erscheint die obligatio lediglich als eine mit dem Willen der Parteien oder ohne denselben geltende Rechtsregel für den concreten Fall, und die solutio als die dieser Regel gemäß vorgehende Entwicklung des durch den Obligationsact unter den Parteien begründeten Verhältnisses, welches auch abgesehen von der actio als ein Rechtsverhältniß bezeichnet werden muß, da durch dasselbe der Rechtsregel entsprechend die rechtliche Stellung der Parteien in Bezug auf ihr Vermögen bestimmt wird.[7] Erst wo der subjective Wille dessen, welchem nach dem Inhalte des Obligationsacts die Leistung obliegt, die Vornahme derselben aus irgend einem Grund verweigert oder überhaupt, jenem Inhalte entgegen, unterläßt, bedarf es des Zurückgreifens auf die actio. Allerdings ist nun aber, um auf den Obl.-Act ein wirkliches debitum zu gründen, diese Möglichkeit der actio erforderlich, allein wo diese Möglichkeit fehlt, ist nicht etwa die in dem Obligationsact enthaltene rechtliche causa solvendi aufgehoben, wohl aber auf die Stufe einer allgemeinen Rechtsvorschrift herabgedrückt, deren Erfüllung dem Belieben der betreffenden Personen überlassen bleibt, und welches ein debitum nur in dem Sinn begründet als durch die Anerkennung des in

---

7) Vergl. auch v. Savigny, a. a. O. S. 5.

Rede stehenden Obligationsacts als eines solchen das Recht allgemein unter diesen Umständen ein Sollen aufstellt, ohne indessen die Mittel zur Realisation desselben zugleich zu gewähren.

Daß es aber gerade dieser Inhalt des Obligationsacts, und diese seine rechtliche Eigenschaft als causa solvendi ist, worauf die freiwilligen Solutions- und Sicherungshandlungen sich stützen, nicht etwa der von der Existenz einer Obligatio unabhängige Wille, die Anerkennung des Handelnden, zeigt die Gleichstellung der wissentlichen und der irrthümlichen Zahlung, die Ausschließung der condictio sine causa nach geschehener Consumtion des soluti, sowie auch die Möglichkeit der Compensation und Deduction.

Aus dieser lediglich auf seinen Inhalt sich stützenden Bedeutung des Obligationsacts ergiebt sich denn auch der Begriff der naturalis obligatio. Je nachdem wir nämlich unter obligatio den Act des Bindens, oder das durch diesen Act begründete Rechtsverhältniß verstehen, ist nat. obl. entweder der Obligationsact lediglich als Factum ohne rechtliche Folgen, aber doch von derjenigen rechtlichen Bedeutung, welche sich aus dem Inhalt desselben ergiebt, oder das durch den Obligationsact lediglich vermöge seines Inhalts begründete Rechtsverhältniß, durch welches für die eine der beiden Parteien eine causa solvendi an die andere besteht, welche aber, da für diese causa eine actio nicht gegeben ist, lediglich als ein bestehendes Rechtsverhältniß im Recht Anerkennung gefunden hat und daher für seine Realisation anderweite, durch das obligatorische Verhältniß selbst nicht herbeigeführte Handlungen voraussetzt, die dann, wenn sie eintreten, als Kennzeichen der vorhandenen nat. obl. zu betrachten sind. Auf die erste Bedeutung von nat. obl. weist der Ausdruck der bereits oben angeführten L. 41. D. de peculio (XV, 1) hin.[8]) Daselbst wird die Annahme eines klaglosen debitum der servi und an servi damit erklärt, daß wir dabei: „magis factum demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem." Weil der servus den Obligationsact, hier das obligirende Rechtsgeschäft geschlossen hat, darum kann man ihn den debitor nennen, sowie man aber, und so weit man diesen Obligationsact recht-

---

8) S. oben S. 86.

liche Wirksamkeit beilegen, das Factum als ein rechtswirksames ansehen kann, ist der dominus der debitor, resp. der, dem geschuldet wird. Die regelmäßige Bedeutung von nat. obl. ist aber, ebenso wie die von obligatio, das Resultat des Obligirungsactes. Das gilt, wie von allen Stellen, in denen ein naturaliter obligatum esse und obligari sich findet, auch von allen denjenigen Stellen, welche sagen: nat. obl. remanet sublata actione, es gilt ebenmäßig von der bereits citirten L. 40. pr. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1),[9]) wo die causa nat. obl. als Gegenstand des Übergangs auf den Fideicommissar bezeichnet ist, es gilt endlich auch von der mehrfach schon erwähnten L. 95. §. 4. D. de solut. D. (XLVI, 3).[10]) Beide Bedeutungen von obligatio stehen indessen bei der nat. obl. einander näher als bei der civilis obl., denn während bei dieser letzteren das rechtliche Resultat des Obligationsacts, die actio, das durch denselben begründete Rechtsverhältniß rechtlich formirt und beherrscht, so ist bei der nat. obl. das obligatorische Verhältniß eben nichts als der Inhalt des Obligationsacts. Es ist also im Grunde dasselbe, ob man die nat. obl. dahin definirt, sie sei der Obligationsact ohne die Rechtswirkung der actio, oder das aus einem solchen Act sich ergebende Rechtsverhältniß der Parteien, denn letzteres ist gerade der Inhalt des Obligationsactes.

Das Factum, welches die n. o. begründet und bildet, ist aber ein rechtliches Factum,[11]) d. h. ein solches, dem das Recht den obligatorischen Charakter beigelegt hat, und darum ist das durch den Inhalt dieses facti gegebene debere, wenn auch ein uneigentliches, doch rechtliches debere, welches trotz seiner Unvollkommenheit ebenso wie die nat. obl. überhaupt völlig auf dem Boden des positiven Rechts steht,[12]) und darum,

---

9) S. oben S. 178 ff.

10) Hier heißt es, daß die n. obl. durch numeratio oder durch pactum aufgehoben wird, also ist die n. o. als ein bestehendes Verhältniß unter den Parteien aufgefaßt.

11) Vergl. Holtius, a. a. O. S. 5.

12) Darum ist die oben Seite 62 angeführte Auffassung Windscheid's, die n. o. sei ein unorganischer Bestandtheil des Rechtssystems, der nicht innerhalb, sondern außerhalb des Rechts stehe, zu verwerfen.

Rede stehenden Obligationsacts als eines solchen das Recht allgemein unter diesen Umständen ein Sollen aufstellt, ohne indessen die Mittel zur Realisation desselben zugleich zu gewähren.

Daß es aber gerade dieser Inhalt des Obligationsacts, und diese seine rechtliche Eigenschaft als causa solvendi ist, worauf die freiwilligen Solutions- und Sicherungshandlungen sich stützen, nicht etwa der von der Existenz einer Obligatio unabhängige Wille, die Anerkennung des Handelnden, zeigt die Gleichstellung der wissentlichen und der irrthümlichen Zahlung, die Ausschließung der condictio sine causa nach geschehener Consumtion des soluti, sowie auch die Möglichkeit der Compensation und Deduction.

Aus dieser lediglich auf seinen Inhalt sich stützenden Bedeutung des Obligationsacts ergiebt sich denn auch der Begriff der naturalis obligatio. Je nachdem wir nämlich unter obligatio den Act des Bindens, oder das durch diesen Act begründete Rechtsverhältniß verstehen, ist nat. obl. entweder der Obligationsact lediglich als Factum ohne rechtliche Folgen, aber doch von derjenigen rechtlichen Bedeutung, welche sich aus dem Inhalt desselben ergiebt, oder das durch den Obligationsact lediglich vermöge seines Inhalts begründete Rechtsverhältniß, durch welches für die eine der beiden Parteien eine causa solvendi an die andere besteht, welche aber, da für diese causa eine actio nicht gegeben ist, lediglich als ein bestehendes Rechtsverhältniß im Recht Anerkennung gefunden hat und daher für seine Realisation anderweite, durch das obligatorische Verhältniß selbst nicht herbeigeführte Handlungen voraussetzt, die dann, wenn sie eintreten, als Kennzeichen der vorhandenen nat. obl. zu betrachten sind. Auf die erste Bedeutung von nat. obl. weist der Ausdruck der bereits oben angeführten L. 41. D. de peculio (XV, 1) hin.[8]) Daselbst wird die Annahme eines klaglosen debitum der servi und an servi damit erklärt, daß wir dabei: „magis factum demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem.“ Weil der servus den Obligationsact, hier das obligirende Rechtsgeschäft geschlossen hat, darum kann man ihn den debitor nennen, sowie man aber, und so weit man diesen Obligationsact recht-

---

8) S. oben S. 86.

liche Wirksamkeit beilegen, das Factum als ein rechtswirksames ansehen kann, ist der dominus der debitor, resp. der, dem geschuldet wird. Die regelmäßige Bedeutung von nat. obl. ist aber, ebenso wie die von obligatio, das Resultat des Obligirungsactes. Das gilt, wie von allen Stellen, in denen ein naturaliter obligatum esse und obligari sich findet, auch von allen denjenigen Stellen, welche sagen: nat. obl. remanet sublata actione, es gilt ebenmäßig von der bereits citirten L. 40. pr. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1),[9]) wo die causa nat. obl. als Gegenstand des Übergangs auf den Fideicommissar bezeichnet ist, es gilt endlich auch von der mehrfach schon erwähnten L. 95. §. 4. D. de solut. D. (XLVI, 3).[10]) Beide Bedeutungen von obligatio stehen indessen bei der nat. obl. einander näher als bei der civilis obl., denn während bei dieser letzteren das rechtliche Resultat des Obligationsacts, die actio, das durch denselben begründete Rechtsverhältniß rechtlich formirt und beherrscht, so ist bei der nat. obl. das obligatorische Verhältniß eben nichts als der Inhalt des Obligationsacts. Es ist also im Grunde dasselbe, ob man die nat. obl. dahin definirt, sie sei der Obligationsact ohne die Rechtswirkung der actio, oder das aus einem solchen Act sich ergebende Rechtsverhältniß der Parteien, denn letzteres ist gerade der Inhalt des Obligationsactes.

Das Factum, welches die n. o. begründet und bildet, ist aber ein rechtliches Factum,[11]) d. h. ein solches, dem das Recht den obligatorischen Charakter beigelegt hat, und darum ist das durch den Inhalt dieses facti gegebene debere, wenn auch ein uneigentliches, doch rechtliches debere, welches trotz seiner Unvollkommenheit ebenso wie die nat. obl. überhaupt völlig auf dem Boden des positiven Rechts steht,[12]) und darum,

---

9) S. oben S. 178 ff.

10) Hier heißt es, daß die n. obl. durch numeratio oder durch pactum aufgehoben wird, also ist die n. o. als ein bestehendes Verhältniß unter den Parteien aufgefaßt.

11) Vergl. Holtius, a. a. O. S. 5.

12) Darum ist die oben Seite 62 angeführte Auffassung Windscheid's, die n. o. sei ein unorganischer Bestandtheil des Rechtssystems, der nicht innerhalb, sondern außerhalb des Rechts stehe, zu verwerfen.

wie bereits angedeutet, auch als ein bestehendes debitum schon rechtliche Anerkennung und Bedeutung gefunden hat, nicht erst nachträglich, wie die im zweiten Abschnitt genannten Fälle, durch die Fassung der condictio indebiti zu einem debitum wird. Auf der andern Seite ist es aber auch nur das Factum ohne jede Rechtsfolge, welches die n. obl. bildet, und diese ist daher wohl eine bestehende causa solvendi, aber nicht ein vinculum juris; sondern wenn man sie überhaupt als ein bindendes Verhältniß ansehen will, nur ein vinculum aequitatis. 13) Auf einem solchen vinculum aequitatis beruht allein, in einem solchen vinculum besteht allein die nat. obl.; denn will man auch aus dem Inhalt des Obligationsacts, durch welchen ein Thun vorgeschrieben wird, ein Soll, eine Verpflichtung im weiteren Sinn ableiten, so ist die Erfüllung derselben doch dem freien Ermessen des debitor überlassen; einem Ermessen, welches aber durch die Rücksicht auf einen objectiven Bestand gebunden ist, dessen Nichtbeachtung als eine iniquitas sich darstellen müßte. Ferner wo wie bei der irrthümlichen solutio und bei der Compensation die n. o. sich ohne den Willen des Schuldners geltend macht und realisirt, da ist es geradezu ausgesprochen, daß es die aequitas sei, welche diese Realisation aufrecht erhält, denn die condictio ist ex aequo et bono introducta, 14) auch die Einführung der compensatio wird aus Rücksichten der aequitas gerechtfertigt, 15) und darum kann auch in dieser Beziehung die nat. obl. ein vinculum aequitatis genannt werden. Wenn das in der nat. obl. liegende vinculum auch seiner Begründung nach ein rechtliches ist, so ist es doch seinem Inhalt nach nur ein vinculum, weil und soweit Gründe der aequitas zur solutio auffordern. 16)

Nach dieser Auffassung der nat. obl. erscheint dann auch

---

13) L. 95. §. 4. D. de solut. (XVI, 3) s. oben Seite 54 Anm. 21.

14) L. 66. D. de cond. ind. (XII, 6.)

15) L. 18. pr. D. de compens. (XVI, 2.)

16) In demselben Sinne ist dann auch in der L. cit. dem vinculum aequitatis die auf Auflösung der obl. gerichtetete conventionis aequitas entgegengestellt. Die formlose conventio hat auch keinen rechtlich bindenden Inhalt. — S. oben Seite 54 und 136.

der Name derselben, welcher nirgends besonders eingeführt ist, vielmehr wie ein sich von selbst ergebender dasteht und deshalb nothwendig in irgend einer Beziehung als ein der Sache entsprechender, aus ihr entnommener angesehen werden muß, durchaus erklärt, ja, er erscheint fast als der einzige treffende, sobald man die nat. obl. nicht blos nach demjenigen, was ihr fehlte, sondern nach dem, was sie trotz dieses Mangels ist, bezeichnen wollte. Naturale nennen die Römer überhaupt das Factische im Gegensatz zu dem Rechtlichen, dem civile.[17]) So sahen wir schon, daß einige klagbare, vollgiltige Obligationen als naturales bezeichnet wurden, weil das dieselben begründende Factum nicht allein durch das Recht, sondern auch schon an sich, durch seinen Inhalt, wie er sich, auch abgesehen von der Stellung des Rechts zu demselben, als ein obligirender, d. h. ein solcher, nach welchem eine Leistung zu machen war, darstellte;[18]) hier trat aber die Bedeutung des Factums an sich zurück durch die demselben vollständig gewährte Aufnahme von Seiten des Rechts, und darum findet sich denn auch die Bezeichnung naturales für klagbare Obligationen nur so selten.[19]) Die klaglose Obligation ist in demselben Sinne eine naturalis, aber sie ist nur eine naturalis, tantum naturalis,[20]) sie ist eine obl. eben nur durch das Factum des Obligationsacts, und nur gerade soweit dieser Obligationsact an sich ein Rechtsverhältniß unter den Parteien begründet, ohne rechtliche Wirkung dieses Facti, und so wurde dann naturalis obl. recht eigentlich die technische Bezeichnung für die der actio entbehrende Obligation.

In ähnlicher Bedeutung finden wir den Gegensatz von na-

---

17) Es ist wohl zu beachten, daß die naturalis obligatio nicht eine obligatio juris naturalis ist, mit welcher letztern Bezeichnung auf einen besonderen, dem jus civile entgegengesetzten Grund hingewiesen sein würde. Den Neueren ist es freilich sehr geläufig die nat. obl. als eine obl. juris nat. zu bezeichnen, allein es fehlt dafür an jedem Beleg. Die einzige dafür angeführte Stelle: L. 59. D. de O et A. (XLIV, 7 — s. oben S. 59 — ist anders zu erklären. Das Nähere unten bei der Darstellung der nat. obl. des pupillus.

18) Siehe oben Seite 80.

19) S. oben Seite 83. 93.

20) L. 5. pr. D. de pignorib. (XX, 1.)

naturalis und civilis auch noch in anderen Zusammensetzungen, so z. B. mit possessio und cognatio,[21]) allein bei aller Ähnlichkeit ist doch das Verschiedene in diesen und anderen Verhältnissen gegenüber der nat. obl. wohl zu beachten. In der possessio[22]) haben wir ein factisches Verhältniß, welches an sich eine rechtliche Bedeutung nicht hat, vielmehr erst eine solche dadurch bekommt, daß demselben unter bestimmten Umständen rechtliche Folgen und Wirkungen beigelegt werden, deren Inhalt an sich nicht aus dem Factum allein sich ergeben; dasselbe gilt von der naturalis cognatio.[23]) Bei der nat. obl. haben wir aber ein Factum, welches an sich schon seinem Inhalte nach eine rechtliche Bedeutung hat, also die obl. schon als dem Recht angehörig erscheinen läßt, dieselbe nicht wie die nat. possessio und nat. cognatio dem Recht gegenüberstellt. Die civilis obligatio ist daher der Begründung und dem Inhalte nach durchaus dieselbe obligatio wie die naturalis, nur außerdem mit einem Rechtmittel zur zwangsweisen Realisation des Inhalts versehen, die nat. possessio dagegen und ebenso die nat. cognatio ist der Begründung nach eine andere, wie die civilis und auch dem rechtlichen Inhalt nach, insofern die nat. possessio und nat. cognatio als dem Recht fremd überall keinen rechtlichen Inhalt hat, diesen vielmehr nur durch die Umwandlung in eine civilis possessio und civilis cognatio bekommt. Die civilis possessio und cognatio entsteht durch das unter besonderen Umständen und Voraussetzungen mögliche Hereinziehen eines rein factischen Verhältnisses in das Recht, die nat. obl. aber ist das Ergebniß der völligen Entfaltung des Begriffs der rechtlichen obligatio, sie ist eine rechtliche aber unvollkommene Obligation,[24])

21) Vergl. Holtius, a. a. O.

22) L. 7. §. 11. D. comm. divid. (X, 3.)

23) L. 4. §. 2. L. 10. §. 4. D. de grad. (XXXVIII, 10.)

24) Die Unvollkommenheit liegt nicht in dem Obligationsact und auch nicht in dem durch denselben begründeten Rechtsverhältniß, sondern nur in dem Mangel der Rechtsfolge, des Rechtsschutzes für dieses Verhältniß. Dieser Mangel berührt den Rechtsbegriff des debitum (daher abusive das n. debitum ein debitum heißt), nicht aber den der obligatio. Darum möchten wir denn auch nicht die nat. obl. eine bloße Vorstufe der obl. — Brinz, a. a. O. S. 50 —, oder eine Ver-

während man auf der andern Seite die nat. possessio und nat. cognatio doch nicht eine unvollkommene possessio, eine unvollkommene cognatio nennen kann.

Ist also die nat. obl. keine besondere Art von Obligation gegenüber der civilis, sondern nur der als besonderes Ganze aufgefaßte Inhalt der Obligation nach Abzug der actio, so kann überall nicht die Frage aufgeworfen werden, wodurch denn die nat. obl. eine obligatio geworden, wodurch sie in das Recht eingeführt sei, sondern es kann nur gefragt werden, durch welche Gründe man veranlaßt worden, die obligatio statt unter dem Gesichtspunkte der actio, nach ihrem von der actio bis auf einen bestimmten Punkt unabhängigen Inhalte aufzufassen und als ein besonderes Ding hinzustellen. Denn wenn auch, wie bereits angeführt,[25] jede civilis obligatio neben der actio den Inhalt der nat. obl. zeigt, also gewissermaßen die nat. obl. immer in der civilis steckt,[26] so ist doch erstere nicht als eine besondere Obligation innerhalb der civilis obligatio zu unterscheiden, sondern wo die Obligatio die actio hat, geht der Inhalt der nat. obl. völlig in der civilis obligatio auf, ist in Wirklichkeit auch der ohne die actio mögliche Inhalt der obl. Folge und Wirkung der actio, wenigstens insoweit, daß es durchaus unnöthig erscheinen muß, für diesen Inhalt noch nach einem anderen Grund zu suchen als nach dem der actio. Die freiwillige Zahlung ist auch bei der klagbaren Obligation Leistung des Inhalts der Obligation, und gilt als Zahlung um dieses Inhalts willen, sie ist aber hier zugleich Aufhebung der actio, Erfüllung des Rechts des Gläubigers, und dieser letztere Geschäftspunkt genügt vollkommen zur rechtlichen Begründung der solutio. Noch deutlicher tritt dieses bei der Compensation hervor, denn diese ist,

---

kümmerung der obl. (s. oben S. 62) nennen, denn da die Realisation und reelle Entwickelung der Obligation ohne Rechtsschutz möglich, so steht die nat. obl. im gesunden Zustand, wie v. Savigny sagt, der klagbaren überall nicht nach.

25) S. oben Seite 2 a. E. — Seite 5.

26) Die s. g. obl. mere civilis, welche die actio, aber nicht den Inhalt der nat. obl. haben soll — s. oben Seite 11 — ist in Wahrheit gar keine obligatio, denn auch die hier angenommene actio ist nur der Schein einer solchen, — s. oben Seite 161.

wenn sie mit einer klagbaren Schuld geschieht, geradezu die aus Äquitätsrücksichten dem verklagten Gläubiger zugestandene besondere Art der Geltendmachung seines Rechts, seiner actio, und es bedarf daher gar nicht erst des weit künstlicheren Nachweises, daß auch abgesehen von der actio ein debitum Gegenstand der Compensation sein könne. Überhaupt ist das debitum in einer klagbaren Obligation gerade wegen der actio ein wahres debitum, und dieses kann nicht zugleich das nur minus proprie und abusive sogenannte debitum sein, welches aus der nat. obl. sich ergiebt, wir haben daher in der civ. obl. nur ein civile debitum und die auf das debitum gestützten, auch ohne actio möglichen Rechtsacte, novatio, constitutum, fidejussio und pignus sind bei der klagbaren Obligation eben auf dieses debitum gestützt. Erst nachdem anderweitig Veranlassung gegeben war, den Begriff einer nat. obl. aufzustellen, konnte man darauf kommen, diesen auch in der civ. obligatio zu finden und zu unterscheiden.

Diese Veranlassung aber war die, daß in einer Reihe von Fällen eines rechtsgiltig begründeten Obligationsactes durch die besonderen Umstände der Eintritt oder der fernere Fortbestand der als regelmäßige Folge an denselben geknüpften actio verhindert wurde. Da mußte nothwendig die Frage entstehen, welche rechtliche Bedeutung diesem Obligationsacte ohne die actio zuzusprechen sei. Ausgehend von der stricten Auffassung dieses Actes lediglich als einer Begründung der actio, wonach dann derselbe, falls die actio wegen anderweiter Hindernisse nicht entstehen konnte, jeder rechtlichen Bedeutung entbehrte, scheint man nur allmälig zur Anerkennung des vollen Inhalts des Obligationsacts gekommen zu sein. Der erste Schritt auf diesem Wege scheint die Anerkennung der solutio als solutio debiti gewesen zu sein, somit der Ausschluß der condictio indebiti, und überhaupt der soluti repetitio, ein Schritt, welcher durch die Fassung der condictio wesentlich erleichtert werden mußte.[27] Erst später scheint man dann weiter das debitum ohne actio auch vor geschehener solutio als debitum in der Art anerkannt zu haben, daß man dasselbe in Bezug auf alle Rechtsacte, welche ein debitum voraussetzten, aber nicht einen Zwang zur Realisation desselben

27) Vergl. Erxleben, a. a. O. S. 147 f.

enthielten, als ein debitum und zwar dem civile debitum gleich behandelt. In welcher Reihenfolge und unter welchen besonderen Umständen diese weitere Ausbildung und Anerkennung erfolgt ist, können wir nicht angeben, da unsere Quellen die nat. obl. in ihrem vollen Umfange als einen bereits fertig dastehenden Begriff darstellen, und auf die Veranlassungen zu dessen früherer Entwicklung nicht weiter eingehen. Spuren dieser Entwicklung in der eben angedeuteten Art zeigen sich indessen in der besonderen Weise, wie in mehreren der bereits oben angeführten Stellen die Zulässigkeit der fidejussio für die nat. obl., welche neben der Zahlungsmöglichkeit offenbar als die hauptsächlichste praktische Eigenschaft derselben war, erwähnt wird, ferner darin, daß überhaupt bei den sämmtlichen oben genannten Erscheinungen der n. o., wenn deren Anknüpfung an jede Art von Obligation für zulässig erklärt wird, jedesmal ausdrücklich hinzugefügt ist, daß auch das naturale debitum eine genügende Grundlage und ein hinreichender Gegenstand für dieselben sei, woraus zu schließen sein dürfte, daß dieses nicht immer so gewesen, und daß es sich nicht nach dem Begriff von obligatio und debitum von selbst verstehe.[28]) Mit der Zulassung der Compensation mit dem nat. debitum gegen die actio hatte man dann, wahrscheinlich zuletzt,[29]) die äußerste Grenze gegen die civ. obl. erreicht, die nat. obl. so weit ausgedehnt, wie es sich überhaupt mit dem Mangel der actio vertrug, und rechtfertigte diese Zulassung, obgleich doch practisch in der Compensation schon ein Geltendmachen des debitum enthalten, dadurch daß dieses nicht in Form der Klage, Forderung geschah, sondern der Abweisung, der Retention. Hier zeigt es sich am deutlichsten, daß man nicht von dem Satz ausging, die n. obl. sei eigentlich keine obligatio, und es bedürfe daher immer erst besonderer Gründe für die Zulassung der einen oder anderen Rechtswirkung, sondern umgekehrt davon, daß die obl. trotz des Mangels der actio eine rechtliche Obligation sei, und daher alle die Eigenschaften haben müsse, welche in der obligatio außer der Klagbarkeit enthalten seien.

---

28) Vergl. oben Seite 88 f.

29) Vergl. oben Seite 218.

Die Möglichkeit der Existenz eines rechtsgiltigen Obligationsacts, und somit einer obligatio, soweit dieselbe in dem Inhalt jenes Acts liegt, ohne eine actio auf Realisation jenes Inhalts, ist aber dadurch gegeben, daß zur Herstellung einer obligatio in dem gedachten Sinn ein Geringeres resp. ein Anderes erforderlich ist als zur Begründung einer actio, und demnach unter Umständen wohl die Requisite einer Obligation als des durch den Obligationsact begründeten Verhältnisses, nicht aber zugleich die Requisite für das Forderungsrecht vorhanden sein können.

Zur Entstehung einer Obligation gehört ausnahmslos eine bestimmte factische Voraussetzung und Grundlage, denn es giebt keine allgemeine, absolute Verpflichtung zu vermögensrechtlichen Leistungen.[30] Diese factische Voraussetzung, welche den obligatorischen Character durch das positive Recht erhalten hat, ist entweder ein Zustand oder eine Handlung, und diese letztere entweder eine unerlaubte (Delict, Quasidelict), welche den Handelnden obligatorisch verpflichtet, oder eine erlaubte (Rechtsgeschäft), welche von beiden Obligationsinteressenten geschlossen den Einen dem Andern oder Beide einander obligirt. Für die Begründung einer Obligation durch derartige Zustände ist möglicher Weise durchaus keine besondere rechtliche Eigenschaft der betreffenden Personen erforderlich, diese Zustände sind von der rechtlichen Stellung der Personen unabhängig, sie sind obligirend so bald sie innerhalb des Rechtsgebiets vorhanden sind. Was sodann die Handlungen betrifft, welche das Recht für obligatorisch erklärt, so ist auch für diese und folgeweise für die Obligation nichts erforderlich, als daß sie eben Handlungen sind, d. h. Willensäußerungen handlungsfähiger Personen. Als durchaus genügend erscheint dieses für die Bedeutung der unerlaubten Handlungen, denn das Verbot derselben ist ein absolutes, welches Platz greift, wo immer innerhalb der Grenzen des Rechts solche Handlung vorgekommen, d. h. sobald durch eine solche das Recht eines Anderen verletzt worden.

Aber auch in Bezug auf Rechtsgeschäfte läßt sich dasselbe behaupten, denn wenn auch einige wenige Rechtsgeschäfte speciell

30) Vergl. Brinz, Pand. §. 91.

dem jus civile (im Gegensatz zu dem jus gentium) zugeschrieben werden, und daher nur von cives Romani vorgenommen werden konnten, mithin die civitas Romana als Requisit für die Begründung der obligatio erscheint, so ist das doch, richtig betrachtet, nicht sowohl ein Requisit der Obligation, d. h. des obligatorischen Charakters des Rechtsgeschäfts, sondern vielmehr dieses letzteren, des Rechtsgeschäfts selbst, und steht auf völlig gleicher Stufe mit mancherlei andern Requisiten für besondere Arten von Rechtsgeschäften, durch welche sonst handlungsfähigen Personen der Abschluß derselben unmöglich gemacht wird, weil sie gerade den Inhalt dieses Rechtsgeschäfts aus irgend welchem Grunde, z. B. wegen mangelnder Disposition über das erforderliche Object nicht herzustellen im Stande sind.

Die actio dagegen — und folgeweise auch das wahre debitum —, welche regelmäßig das Resultat des Obligationsacts sind, setzen ein Mehreres und ein Anderes voraus, und zwar eben nach der Natur der actio als eines Rechts, Forderungsrechts, Klagerechts.

Zur Begründung und zur Existenz eines Rechts gehört nothwendig Rechtsfähigkeit des berechtigten Subjects, und zu der eines Forderungsrechts außer der Rechtsfähigkeit des Berechtigten nothwendig auf Seite des Schuldners ebenfalls Rechtsfähigkeit, denn wenn das Forderungsrecht ein gegen ein bestimmtes Subject (den Schuldner) gerichteter Anspruch auf eine vermögensrechtliche Leistung ist, so ist sein Bestand an das Vorhandensein eines debitor gebunden, welcher überhaupt rechtlich im Stande ist, dem Gegner ein solches Recht zu constituiren. Bei obligatorischen Rechtsgeschäften ist es der debitor, welcher das Recht begründet, der Gläubiger nimmt das Begründete nur an, und darum ist die actio an die Fähigkeit des debitor zu einer Rechtsbegründung überhaupt gebunden. Das Forderungsrecht ist aber ferner, wie bereits ausgeführt, wesentlich Klagerecht, ohne die Möglichkeit einer processualischen Durchführung ist kein Forderungsrecht denkbar und darum ist es ein nothwendiges Requisit für die Begründung und Existenz der actio, daß beide Parteien fähig sind, vor Gericht und zwar gegen einander aufzutreten. Dem Forderungsberechtigten nützt seine eigene Fähigkeit, als Kläger aufzutreten nicht, wenn nicht auch der Gegner als Be-

klagter gerichtlich belangt werden kann, und umgekehrt liegt für Letzteren kein wahres debitum vor, wenn der Gegner unfähig ist zu einer gerichtlichen Geltendmachung der actio, und wie endlich schon nach der Natur des Forderungsrechts, abgesehen von seiner gerichtlichen Geltendmachung, die beiden Parteien von einander dermaßen selbständig sein müssen, daß eine wirkliche Vermögensveränderung durch die Erfüllung der obl. unter ihnen möglich ist, so ist auch für die processualische Durchführung der actio eine derartige völlig getrennte Stellung der Obligationsinteressenten zu einander erforderlich.

Diese, wie gesagt, aus der Natur der actio sich ergebenden Voraussetzungen derselben sind nicht nothwendig stets mit der Handlungsfähigkeit der Parteien verbunden, und dieser Umstand führte dann zu einer Obligation ohne actio. Zugleich aber mußte sich ergeben, daß die Bedeutung dieser Obligation nicht in allen vorkommenden Fällen nothwendig dieselbe sein könne, denn da die Gründe, aus denen die actio unmöglich wird, verschiedene sind, von denen schon ein einziger die actio ausschließt, und da ferner alle diese Gründe allgemeinerer Natur sind, und der Ausschluß der actio nur eine der Folgen derselben ist, so ist es möglich, daß in den einzelnen Obligationsfällen ohne actio nicht immer sämmtliche an sich, dem Begriff der nat. obl. nach möglichen Erscheinungen eintreten, sondern einzelne durch den Grund, auf welchem der Ausschluß der actio beruht, zugleich mit ausgeschlossen sind. Mit der Entwicklung des Begriffs der nat. obligatio kam man nothwendig zugleich zu verschiedenen Fällen von nat. obligationes.[31]

---

31) Brinz, a. a. O. S. 57, erkennt diese Verschiedenheit der einzelnen nat. obll. ausdrücklich an, führt das Nichtvorkommen irgend einer Erscheinung der n. o. auf besondere Gründe zurück, und fügt dann hinzu, daß wo solche besondere Gründe nicht vorhanden, stets „alle überhaupt möglichen Wirkungen einzuräumen" sind. Richtiger wäre es aber wohl so ausgedrückt, daß der Grund, welcher die actio nicht entstehen läßt, oder aufhebt, selbst immer durch seinen Inhalt, seine rechtliche Bedeutung den Umfang der n. o. bestimmt, also nicht noch andere außer jenem Grunde zu suchende Beschränkungen erforderlich sind, um die einzelnen natt. obll. auf ihren bestimmten Umfang zu bringen. — Ähnlich wie Brinz drückt sich auch v. Savigny a. a. O. S. 51 aus. Er leitet

Der hauptsächlichste Fall, an welchem sich wahrscheinlich zuerst der Begriff der nat. obl. entwickelt, und in welchem zuerst eine einzelne bestimmte Art von nat. obl. sich herausgestellt hat, ist ohne Zweifel durch den obligatorischen Verkehr der servi mit Dritten gegeben, an welchen sich dann bald die Obligationen der servi mit den eigenen dominis, sowie die des paterfamilias mit den seiner Gewalt untergebenen Personen, und auch dieser Personen unter einander angeschlossen haben mögen. Nachdem nun aber an diesen Fällen der Begriff der nat. obl. sich gebildet und als ein bestimmtes Ganzes im Recht Platz gegriffen hatte, wandte man denselben auch anderweitig an, so namentlich zur Erklärung der Bedeutung des Verbots der petitio im SCtum Macedonianum und in noch anderer Weise zur richtigen Bestimmung der rechtlichen Bedeutung, welche der Satz habe, daß pupilli ohne tutoris auctoritas durch ihre Rechtsgeschäfte nicht obligirt werden.

Daß in diesen Fällen trotz des Mangels der actio Obligationen vorhanden sind, davon liegt der Grund in dem rechtsgiltigen Obligationsact und seiner rechtlichen Bedeutung, daß aber diese Obligationen der actio entbehren, liegt darin, daß bei denselben die Requisite für die actio, trotz des giltigen Obligationsactes, nicht vorhanden sind. Als Grund dieses Mangels kann man dann gewissermaßen auf die Personen hinweisen,[32]

---

es aus der Natur einiger der hiehergehörigen Rechtsinstitute ab, daß manche Wirkungen (in manchen Fällen) nicht zur Ausführung kommen können. Das weist schon auf den Grund für die Ausschließung der actio hin, aber darum kann man dann auch wohl nicht behaupten, „daß, wo eine jener Wirkungen anerkannt ist, in der Regel auch auf das Dasein der übrigen — — geschlossen werden kann.“ Es läßt sich wohl der volle Begriff der n. o. von den einzelnen Anwendungen derselben unterscheiden, nicht aber lassen sich diese Anwendungen wieder in regelmäßige und unregelmäßige nat. obll. zerlegen.

32) Vergl. Brinz, a. a. O. S. 42. — Wenn v. Scheurl, Beiträge zur Kunde des R. R. Heft 2. 1852. S. 234 als Grund der Klaglosigkeit allgemein mangelhafte Handlungs- oder Rechtsfähigkeit nennt, so trifft das in Bezug auf die Rechtsfähigkeit wenigstens nicht allgemein zu, wie schon Brinz bemerkt hat, in Bezug aber auf die Handlungsfähigkeit müssen wir die Existenz auch einer nat. tantum obl. aus Rechtsgeschäften — und so begründete Obligationen sind allein gleich Anfangs klaglos —

insofern gerade Obligationen, welche nicht überall, wo sie ihrem Inhalt nach vorkommen, sondern nur sobald bei denselben bestimmte Arten von Personen betheiligt sind, der Klage entbehren, allein damit ist doch nur gesagt, daß die besondere rechtliche Stellung der Personen Gründe mit sich bringt, aus denen die Entstehung der actio verhindert wird. Denn wenn auch gerade nur solche Obligationen gewisser Personen als klaglose sich finden, so ist die nat. obl. durchaus nicht dem Begriff nach an den so begründeten Mangel der actio gebunden, und es wäre z. B. ebenso gut eine nat. obl., wenn aus einem obligatorischen Geschäft, ohne daß dasselbe sonst reprobirt worden, die petitio versagt wäre.[33]) Es kommt überall nur auf den Mangel der actio an, auf den Grund dieses Mangels nur soweit und insofern, als derselbe nicht zugleich ein Grund gegen die Rechtsgiltigkeit des Obligationsacts sein darf.

Die Differenz zwischen den Voraussetzungen des Obligationsacts und denen der actio kann aber auch noch in anderer Weise hervortreten. Ist der Obligationsact rechtsgiltig geschlossen, so ist damit die causa solvendi gegeben, welche so lange dauert, bis Erfüllung eingetreten, oder dieselbe unmöglich geworden ist; die für die actio aufgestellten Requisite müssen aber nicht nur bei Begründung derselben vorhanden sein, sondern zum Fortbestand der actio ist auch der Fortbestand dieser Requisite erfor-

---

überhaupt leugnen. Bei mangelhafter Handlungsfähigkeit fehlt es an der auch für die n. o. erforderlichen causa civilis, da dann das vorgekommene Factum keine Handlung, kein Rechtsgeschäft, wenigstens nicht für den an dem Mangel der Handlungsfähigkeit Leidenden ist. S. oben Seite 160. — Brinz will bei dem pupillus diese mangelhafte Handlungsfähigkeit zugeben, allein eben die Existenz der nat. obl. in diesem Fall scheint dem zu widersprechen. Wo wirklich eine mangelhafte Handlungsfähigkeit existirt, d. h. wo gewisse Personen unfähig sind gewisse Rechtshandlungen vorzunehmen, wie z. B. die servi die negotia juris civilis, da ist, auch wenn der Inhalt dieser Geschäfte an sich obligatorischer Art wäre, keine naturalis obligatio vorhanden.

33) Einen solchen Fall einer nat. obl. bietet das deutsche Recht durch die Bestimmung, daß Schulden aus erlaubten Spielen nicht sollen eingeklagt werden können. — Vergl. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 110. — Gerber, System d. deutsch. Privatr. §. 193 und die dort not. 4 und 5 citirten Schriftsteller.

derlich, ein Wegfall derselben oder eines derselben muß die actio aufheben, ohne zugleich die causa solvendi zu beseitigen, und es tritt sodann nachträglich dasselbe Verhältniß ein, welches, wenn dieser Mangel des Requisits der actio bei Begründung der obl. vorhanden gewesen wäre, von vornherein eingetreten sein würde. Aus der obl. civ. wird eine naturalis, indem der außer der actio in derselben stehende Inhalt nach Wegfall der actio als ein besonderes Ganzes hervortritt: remanet naturalis obligatio sublata actione. In dieser Weise ist die capitis deminutio des Gläubigers oder des Schuldners Veranlassung zur Anwendung des Begriffs der nat. obl.

In ähnlicher Weise giebt zur Anwendung dieses Begriffs der Umstand Veranlassung, daß die actio als ein Klagrecht nicht nur besondere Voraussetzungen für ihre Entstehung, sondern auch besondere Aufhebungsgründe in sich trägt, Gründe, welche mit dem Ausschluß der processualischen Geltendmachung das Recht aufheben, ohne damit die obligatio selbst, die causa solvendi zu tilgen. So consumirt die Litis-Contestation die actio, das Klagrecht, das Forderungsrecht, ohne eine Erfüllung zu enthalten oder sonst einen Grund für die Aufhebung der causa solvendi; die formelle Bedeutung der res judicata und die Fassung derselben läßt mit der absolutio debitoris jedesmal die actio völlig erlöschen, wenn sie wirklich bestand; darin lag dann aber gerade das Gegentheil von einer Erfüllung der causa solvendi. Ferner ist die processualische Durchführung der actio an gewisse formelle Voraussetzungen gebunden, deren Nichtbeachtung ebenfalls zur absolutio führt, ohne daß darin eine Aufhebung der causa solvendi liegt, auch ist, wenigstens im früheren Recht, die Durchführung der actio vor Gericht, später allgemein die Erhebung der actio an eine bestimmte Zeitfrist gebunden, nach deren unbenutztem Ablauf die actio schon wegen des Zeitablaufs aufgehoben ist, während darin ein Aufhebungsgrund für die causa solvendi nicht enthalten ist.

Wie wir aber unter den gleich Anfangs der actio entbehrenden Obligationen solche fanden, welche den vollen Begriff der nat. obl. schon fertig voraussetzten und an denselben anknüpften, so auch hier, wo die nat. obl. wegen des jus iniquum und des darauf bezüglichen Reciprocitätsedicts diese Stellung einnimmt,

Auch die Begründung der Klaglosigkeit dieser Fälle ubi nat. obl. remanet zeigt, daß es nicht unmittelbar die Person ist, auf welche sich nothwendig die Klaglosigkeit stützt, sondern daß die Gründe für dieselbe bei völlig unveränderter Stellung der Personen eintreten können. Man hat auch diese übrig bleibenden Obligationen auf einen einzigen Grund zurückführen, wenigstens eine allgemeine Formel für deren Begründung aufstellen wollen, allein damit ist nichts gewonnen, weil es denn doch immer in Wirklichkeit verschiedene Eigenschaften der actio bleiben, welche dieselbe in concreto unmöglich machen. Puchta[34]) bezeichnet als den Grund der Nat.-Obligation hier die unvollkommene Aufhebung der Obligation. Das ist ganz richtig, insofern die actio einen Bestandtheil der obligatio bildet, allein damit ist dann gerade nur gesagt, daß die Aufhebung allein die actio trifft, nicht aber, warum die Wirkung eine so beschränkte ist. Brinz[35]) erhebt gegen diese Bezeichnung Puchta's Widerspruch, weil die confusio und die cap. deminutio die obligatio vollständig aufheben und dennoch eine nat. obl. bestehen lassen, allein diese Entgegnung dürfte nicht schwer ins Gewicht fallen, denn die confusio selbst läßt keine nat. obl. bestehen, sondern erst besondere neben der confusio stehende Umstände können zu einem ähnlichen Resultate führen, und was die cap. deminutio betrifft, so ist es eben die Frage, ob dieselbe in diesem Sinne eine vollständige Aufhebung der Obligation genannt werden kann. — Die von Brinz selbst vorgeschlagene Formulirung, daß, ubi nat. obl. remanet, die civ. obl. wohl getilgt, aber nicht erfüllt sein könne, ist in ihrer zweiten Hälfte vollkommen richtig, da die Erfüllung jedesmal die causa solvendi aufhebt, also denjenigen Bestandtheil der obl., welcher nach Wegfall der actio das Material für die nat. obl. bilden würde; allein damit ist wieder keine positive Antwort gegeben auf die Frage: welche Tilgungen die n. obl. bestehen lassen. Denn daß alle Tilgungen, welche nicht Erfüllungen sind, die n. o. übrig lassen, wird Niemand behaupten, und darum bleibt denn doch wiederum Nichts übrig, als die einzelnen Tilgun-

34) Pandekten §. 237.
35) A. a. O. S. 44.

gen ihrer besondern Natur nach zu prüfen, ob sie die actio allein, oder die causa solvendi treffen.

Alle diese Veranlassungen zur Anwendung des Begriffs der nat. obl. sowohl gleich Anfangs bei Begründung der obl. als auch nach Aufhebung der actio sind nun allgemein auf die Consequenz zurückzuführen, daß wenn die obligatio vorhanden, nicht aber, oder nicht mehr die actio, eine klaglose obligatio vorliege, und in diesem Sinn kann man dann den Grund für die natt. obll. allerdings wohl, wie Brinz[36]) thut, in der Vernunft (ratio) oder der Billigkeit (aequitas) sehen, wenn man nur unter ratio eben die juristische Consequenz und den richtig entfalteten Begriff der obligatio versteht, und unter aequitas die von dem Gesichtspunkte des jus strictum, welches die Obligationen nur von der Seite der Berechtigung betrachtet, abweichende, den ganzen Umfang des rechtlichen Vorgangs begreifende Auffassung der Obligation.

Im Folgenden haben wir nun diese einzelnen Anwendungen, welche der Begriff der nat. obl. im Röm. Recht gefunden hat, zur Darstellung zu bringen, und dadurch wieder rückwärts die vorstehenden allgemeinen Ausführungen, welche wegen der Beschaffenheit der Quellen und weil die nat. obligatio gerade nur in den einzelnen Anwendungen zur Erscheinung kommt, in vielen Punkten nicht völlig beweisend sein konnten, zu bestätigen. In jedem einzelnen Fall der n. o. wird daher zuerst die Existenz der Voraussetzung für die obligatio nachzuweisen sein, sodann der Grund für die Nichtbegründung resp. die Aufhebung der actio, und endlich, daß dieser Grund, welcher den Obligationsact, die causa solvendi an sich nicht mittrifft, für diese causa solvendi irgend eine Bethätigung der für die nat. obl. überhaupt möglichen rechtlichen Bedeutung zuläßt.

---

36) A. a. O. S. 45 ff. — Vergl. oben Seite 55.

II. Die einzelnen Anwendungen.

A. Obligationen, bei welchen die actio unbegründbar ist.

§. 15.

Als wesentlich für die Begründung der actio und folgeweise des wirklichen, eigentlichen debiti haben wir die Rechtsfähigkeit der betreffenden Personen aufgestellt; wo also Einer der Obligationsinteressenten dieser Fähigkeit entbehrt, dennoch aber ein gültiger Obligationsact vorliegt, muß die obl. eine klaglose werden.

Demgemäß finden wir denn vorzugsweise die Obligationen aus Handlungen der servi als klaglose, naturales, in den Quellen erwähnt. 1) Die Hauptstelle, welche allgemein die Möglichkeit der Obligirung für servi in dem durch ihre Stellung gegebenen Umfang behauptet, ist

> L. 14. D. de O. et A. (XLIV, 7) Servi ex delictis quidem obligantur, et si manumittantur, obligati manent: ex contractibus autem, civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. (Ulp. lib. 7. Disput.). 2)

1) Weber a. a. O. §. 86. — Büchel a. a. O. Band II. S. 86 ff. — v. Savigny, System Bd. II. §. 65. und namentlich Beilage IV. — Obligationenrecht Bd. I. S. 59 f. — Brinz, krit. Blätter. Heft 3. S. 51 f.

2) Vgl. auch L. 50. §. 2. D. de pecul. (XV, 1) — naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videtur — L. 9. §. 2. eod. s. oben S. 159. — Daß wegen Mangels der actio auch kein eigentliches debere und deberi bei servis stattfinde, hebt hervor L. 41. eod. s. oben S. 86, und auf diesen Mangel der vollen Obligation ist es denn auch zu beziehen, wenn in andern Stellen bei servis die obligatio überhaupt geleugnet wird. — Vgl. z. B. L. 43. D. de O. et A. (XLIV, 7) Servus ex contractibus non obligatur (Paul. lib. 72. ad Ed.) — L. 22. D.

Bei Delicten der servi wird also ein Obligirtsein angenommen, die servi sollen in dieser Beziehung nicht anders stehen als die Freien; bei Contracten der servi wird aber ein Unterschied zwischen civiler und naturaler Obligation gemacht, und jene bei dem servus negirt, diese aber zugestanden; ferner wird, während bei Delicten nur von einem obligari der servi die Rede gewesen, bei den Contracten neben dem nat. obligari auch eine nat. obligare für die servi anerkannt, so daß also nicht nur die servi aus Contracten naturaliter obligirt werden, sondern ebenso auch die Anderen, welche mit den servis contrahiren. Die rechtliche Stellung der servi muß also grade bei Obligationen aus Rechtsgeschäften die actio, und zwar nach beiden Seiten hin, verhindern.

Servi sind rechtsunfähig, und zwar nicht bloß um des Rechts des dominus willen, sondern auch ohne einen solchen, so daß grade bei dem servus sine domino die rechtliche Stellung desselben rein hervortritt, bei dem servus cum domino dagegen in mehrfacher Weise modificirt erscheint. Wenn aber auch die servi der persona entbehren [3]), und somit der Fähigkeit ein Recht zu erwerben und zu haben, so entbehren sie doch nicht gleichmäßig der Handlungsfähigkeit, und werden darum, weil man überhaupt unter Person auch das handlungsfähige

---

de R. J. (L, 17) In personam servilem nulla cadit obligatio (Ulp. lib. 28. ad Sab.) — §. 6. J. de inutil. stip. (III, 19) — servus — non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii. — Ausdrücklich wird das non debitum als naturale debitum bezeichnet in L. 40. §. 3. D. de condit. et demonstr. (XXXV, 1) s. auch v. Savigny, System. II. S. 424. Note h.

3) Nov. Theod. tit. 17. — quasi nec personam habentes. — Vgl. L. 32. D. de R. J. (L, 17.) Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur: non tamen et jure naturali, quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines aequales sunt (Ulp. lib. 43. ad Sab.). Jus civile ist hier überhaupt das positive Recht, nach diesem sind die servi keine Personen, keine rechtsfähigen Subjecte. Wenn dagegen nach dem jus naturale alle Menschen gleich sind, so kann die besondere Stellung der servi im positiven Recht nicht auf dieses jus naturale zurückgeführt werden. Die Obligationen der servi sind also nicht deshalb obll. naturales, weil die servi nach jus naturale Personen sind.

Subject versteht, doch wiederum Personen genannt. [4]) Ist also eine ihrem Inhalt nach obligatorische Handlung von einem servus ausgegangen, oder ist ein servus überhaupt bei derselben betheiligt, so liegt eben so gut eine obligatorische Handlung, eine causa solvendi vor, als wenn Freie die Subjecte derselben wären, die Rechtsunfähigkeit des servus muß aber nicht bloß die Begründung einer actio unmöglich machen [5]), sondern auch die sonstige Bethätigung der obligatio auf ein den Umständen des einzelnen Falls nach verschiedenes Maß beschränken.

Delicte sollen freilich die servi vollständig, wie Freie, obligiren, und es fragt sich, wie das bei der Unmöglichkeit einer actio gegen den servus denkbar ist. Unerlaubte Handlungen (Delicte) gelten als solche, auch wenn sie von servis begangen sind, denn der Mangel der Rechtsfähigkeit, und die Unfähigkeit gerichtlich belangt zu werden, befreiet doch nicht von den absoluten Verboten des Rechts. Ist nun allgemein das Delict als Grund für die Entstehung eines Rechts des Verletzten aufgestellt [6]), so ist dieses Recht auch begründet, wenn das Delict von einem servus ausgegangen [7]), in der Form einer actio erscheint es dagegen allerdings nur, wenn der delinquirende servus einen dominus hat. Gegen einen servus sine domino

---

4) Persona servi. L. 21[illegible] D. de V. S. (L, 16). — persona servilis. L. 22. D. de R. J. (L, 17). Gai. I, §. 120. Nach L. 6. §. 2. D. de usufr. (VII, 1) gehören die servi zu den personae per quas acquirimus. — v. Savigny, System Bd. II. S. 33. Note e.

5) L. 107. D. de R. J. (L, 17). Cum servo nulla actio est (Gai. lib. 1. ad Edict. provinc.). — Vgl. Gai. III. §. 179: quia cum servo agi non potest. — L. 3. §. 1. D. de cap. min. (IV, 5) — quia servile caput nullum jus habet. —

6) Natürlich handelt es sich hier nur um Privatdelicte, denn nur diese erzeugen eine obl. zwischen dem Delinquenten und dem Verletzten. s. Zimmern, Noxalklagen S. 131. — Darüber, daß die Grenzlinie zwischen del. priv. und publ. nicht scharf gezogen war, und wegen jener auch criminaliter geklagt werden konnte, und daß dieses bei servi, die nicht defendirt wurden, vorzugsweise geschah, s. Zimmern a. a. O. S. 145 ff.

7) Daß die Römer sogar Thiere wie verantwortliche Delinquenten behandeln, zeigt L. 1. §. 11. D. si quadrupes (IX, 1).

hat der Verletzte das Recht, willkührlich vorzugehen [8]), um sich Ersatz zu verschaffen oder zu strafen, es entsteht überall keine obligatio; ist aber der Delinquent in Jemandes dominio, so macht das Recht des dominus ein derartiges Vorgehen unmöglich [9]), und so stellt sich das Recht des Verletzten als eine actio gegen den dominus dar. Dieser kann der Verpflichtung, den Schaden zu zahlen [10]), nur dadurch entgehen, daß er dem directen Vorgehen des Verletzten gegen den servus Nichts in den Weg legt, sein Eigenthum nicht geltend macht, den servus noxae giebt. [11])

Diese Noxalklage ist aber die actio ex delicto, aus der noxa des servus, der dominus haftet servi nomine [12]); mit der noxae deditio ist, auch wenn dadurch dem Verletzten nicht die volle Befriedigung sollte gegeben sein, jedenfalls die ganze obligatio aufgehoben, und wie wenig der dominus selbst aus seiner eigenen Person verhaftet ist, vielmehr nur immer als dominus seinen servus defendirt und vertritt, geht auch daraus hervor, daß die alienatio des servus, der ein Delict begangen, den bisherigen dominus, falls er sich nur nicht schon

8) Oder durch öffentliche Klage eine Bestrafung zu erwirken. s. Zimmern a. a. O.

9) Wenn nicht der dominus den servus zur Züchtigung ausliefert, und der Verletzte sich mit dieser Züchtigung begnügt, in welchem Falle dann überhaupt keine obl. entsteht. L. 17. §. 4. D. de injur. (XLVII, 10). s. Zimmern a. a. O. S. 147 f.

10) Als gezwungener defensor. Vergl. Zimmern a. a. O. §. 36. und Rechtsgeschichte I. §. 191.

11) Gai. IV. §. 75—78. L. 1. D. de nox. act. (IX, 4) Noxales actiones appellantur, quae non ex contractu, sed ex noxa aut maleficio servorum adversus nos instituuntur: quarum actionum vis ac potestas haec est, ut si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem (Gai. lib. 2. ad Ed. provinc.). Vergl. auch L. 2. D. de eo per quem factum (II, 10.) — — nec factum servi domino obesse debere, nisi hactenus, ut ipso careat, quando ipse nihil delinquat. (Paul. lib. 6. ad Ed.). Wo dagegen der dominus ohne das Recht zur noxae deditio unbedingt auf die aestimatio verhaftet ist, hat das seinen Grund darin, daß der dominus allein oder mit dem servus obligirt ist. s. L. 2. cit. und L. 38. D. de nox. actt. (IX, 4).

12) §. 3. J. de nox. actt. (IV, 8).

durch Litiscontestation mit dem Verletzten in ein eigenes obligatorisches Verhältniß gesetzt hat, völlig befreit. [13]) Nur durch die Möglichkeit einer Noxalklage, welche schon durch die zwölf Tafeln hauptsächlich für das am Meisten vorkommende Privatdelict, das furtum eingeführt, dann durch spätere Gesetze und durch das prätorische Edict auf sämmtliche Privatdelicte ausgedehnt worden [14]), ist aus dem Delict des servus eine obligatio entstanden, und zwar eine klagbare. Die Klage geht gegen den dominus, aber dem Inhalt der obligatio nach kann man doch sagen: servus ex delicto obligatur.

Diese Auffassung des eigenen vollständigen Obligirtseins des servus [15]) zeigt sich auch darin, daß nach geschehener manumissio der Delinquent selbst der actio des Verletzten haftet. Die actio gegen den manumissus ist eben die durch das Delict begründete, welche durante servitute gegen den dominus als noxalis gerichtet war, und der manumissus „manet obligatus" [16]), wie er schon zur Zeit der servitus gewesen ist; denn gegen den Freien ist eben so wenig ein willkührliches Vorgehen des Verletzten gestattet, wie gegen den fremden servus.

Diese vollständige obligatorische Haftung des servus, sei es vermittelst der Defension des dominus oder nach der manumissio, gilt aber nur für das unmittelbar aus dem Delict er-

13) L. 37. D. de nox. actt. (IX, 4). Delicte des servus auf Befehl des dominus gelten unmittelbar als Delicte des dominus; wenn der dominus um das Delict des servus wußte, und es nicht verhindert, haftet er ebenfalls, aber der servus ist der Delinquent. L. 2—5. D. eod.

14) Zimmern, Rechtsgesch. I. S. 700.

15) Und zwar auf Praestation von Schadensersatz, wie sich daraus ergiebt, daß auch der noxae deditus nicht in das perpetuum dominium des Verletzten kommt, sondern: si damnum ei, cui deditus est, resarciverit, quaesita pecunia, auxilio Praetoris invito domino manumittetur. §. 2. 3. J. cit. — Vgl. auch Brinz, Pand. I. S. 611.

16) L. 14. D. de O. et A. s. oben S. 244. — L. 4. C. an servus (IV, 14) Licet servitutis tempore ea quae pecuniam matris tuae subripuisse dicitur ob ejusdem admissum conveniri non poterat, ad libertatem perducta (nam caput noxa sequitur) furti actione tenetur. (Gord.). Eine Erklärung der Regel: noxa caput sequitur giebt L. 41. §. 2. D. de furtis (XLVII, 2). — Vergl. auch L. 2. D. si ex noxali causa (II. 9).

wachsene Recht. Wenn dagegen der servus bei contractlichen Verhältnissen in unerlau[illegible] Weise dermaßen vorgeht, daß das Factum den Thatbesta[illegible]elicts darbietet, aber dasselbe wegen des contractliche[illegible]nisses als eine Verletzung eben dieses Contracts erschein[illegible] ist die betreffende Contractsklage nicht gegeben, weder gegen den dominus als noxalis, noch gegen den manumissus. Einen solchen Fall bespricht

> L. 1. §. 18. D. depositi (XVI, 3) Si apud servum deposuero et cum manumisso agam, Marcellus ait, nec tenere actionem, quamvis solemus dicere, doli etiam in servitute commissi teneri quem debere, quia et delicta et noxae caput sequuntur. Erit igitur ad alias actiones competentes decurrendum. (Ulp. lib. 30. ad Ed.).

Hier wird die Haftung, das teneri des manumissus aus dem durante servitute begangenen dolus, also aus dem Delict, anerkannt, die wegen solches dolus an sich zuständige actio depositi aber abgesprochen; die aliae actiones competentes dagegen sind die Delictsklagen, welche auch wegen delictsmäßiger Contractsverletzungen zustehen, und hier namentlich die actio doli, welche, da die Contractsklage unbegründet ist, durante servitute gegen den dominus als noxalis, nach der manumissio aber gegen den Delinquenten selbst zulässig ist. Ein Rechtsgeschäft braucht der dominus nicht zu vertreten, und folgeweise auch keine unerlaubte Handlungen des servus, sobald sie als Contraventionen gegen den Inhalt eines Rechtsgeschäfts geltend gemacht werden.

Diese Beschränkung der Haftung des dominus grade auf das Delict zeigt sich ferner auch darin, daß selbst direct gegen das Delict gerichtete Klagen, die indessen nicht das Delict als solches verfolgen, also nicht eigentlich Delictsklagen sind, gegen den dominus, und folgeweise auch gegen den manumissus nicht zustehen. Diese Unterscheidung macht z. B.

> L. 15. D. de cond. furt. (XIII, 1) Quod ab alio servus subripuit, ejus nomine liber furti tenetur: condici autem ei non potest, nisi liber contrectavit. (Celsus lib. 12. Dig.).

Neben der actio furti geht aus dem furtum eine condictio

furtiva hervor [17]); beide Klagen stützen sich unmittelbar auf das furtum, allein während jene ge[illegible] das Delict verfolgt und daher auch jedem bei dem furt[illegible]ssirten und gegen jeden an demselben Betheiligten zuste[illegible]die condictio mehr den Mangel des Rechtsgrundes für [illegible]tziehung der betreffenden Sache ins Auge und steht daher auch nur dem dominus zu und gegen den fur resp. dessen heres. [18]) Die condictio furtiva ist eine Art condictio sine causa auf Herausgabe dessen, was man ohne Rechtsgrund hat, und nur der Mangel der bona fides bei dem fur bewirkt, daß, wenn die Klage einmal begründet ist, auch ein späterer Verlust der Sache ihn nicht befreiet, sondern er verhaftet bleibt auf die aestimatio rei. [19]) Ist nun nur eine Delictsklage als noxalis gegen den dominus begründet, so ist folgeweise die condictio gegen den dominus nicht zulässig und ebenso auch nicht gegen den manumissus, welcher Letztere dagegen der actio furti, die gegen den dominus als noxalis zustand, nach der manumissio selbst haftet.

Dieser Erklärung scheint freilich entgegenzustehen, daß wenigstens unter Umständen der dominus dennoch auch der condictio furtiva verhaftet ist. Es heißt nämlich in

> L. 4. D. de cond. furt. (XIII, 1) Si servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est domino, quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest. (Ulp. lib. 41. ad Sab.).

Gewöhnlich hat man diese Stelle von einer gegen den dominus zustehenden condictio furtiva noxalis verstanden, bei welcher nur, so weit die Bereicherung des dominus geht, die Befugniß der noxae deditio ausgeschlossen sei; allein, wenn die condictio furtiva während der servitus als noxalis gegen den dominus begründet wäre, so müßte sie nach der manumissio gegen den fur selbst zustehen; das soll aber, wie wir gesehen haben, gerade nicht der Fall sein. [20]) Darum bleibt Nichts

---

17) L. 7. §. 1. D. de condict. furt. (XIII, 1).

18) L. 10. §. 2. L. 5. L. 6. D. eod.

19) Vgl. §. ult. J. de obll. quae ex del. nasc. (IV, 1).

20) Die Erklärung von Zimmern (a. a. O. S. 52. Anm. 70.) ist völlig ungenügend, denn wenn er sagt, die condictio habe auf den manu-

übrig als die Haftung des dominus über die Bereicherung hinaus auf die actio furti noxalis zu beziehen [21]), die condictio furtiva auf die Bereicherung aber als eine actio adjectitiae qualitatis ähnlich der actio de peculio aufzufassen, und den servus aus dem furtum der condictio gegenüber wie aus einem Rechtsgeschäfte naturaliter obligirt zu denken, so daß die für poenales causae [22]) aufgestellte Ausschließung der actio de peculio nicht Platz greift. In dieser Weise ist die Haftung des dominus auf die Bereicherung erklärt in

L. 3. §. 12. D. de pecul. (XV, 1) Ex furtiva causa filio quidem familias condici posse constat: an vero in patrem vel in dominum de peculio danda est, quaeritur. Et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset, ex furto facto actionem de peculio dandam. Idem Labeo probat, quia iniquissimum est, ex furto servi dominum locupletari impune. Nam et circa rerum amotarum actionem filiaefamilias nomine in id, quod ad patrem pervenit, competit actio de peculio. (Ulp. lib. 29. ad Ed.).

Daß der filius der condictio furtiva verhaftet ist, steht fest, denn er haftet ja überall Dritten civiliter; ebenso aber steht es fest, daß der servus nicht haftet, und wird deshalb gar nicht berührt, ob aber der pater oder dominus de peculio

---

missus nicht übergehen können, weil nur der dominus bereichert sei, so übersieht er, daß die condictio gar nicht ursprünglich auf die Bereicherung gestellt ist, sondern gegen den fur auch ohne Rücksicht auf diese zusteht. — §. ult. J. de nox. actt. (IV, 8). — Der Erklärung v. Savigny's (a. a. O. S. 428), daß die cond. furt. gegen den servus deshalb nicht zustehe, weil dieser nicht ohne causa gehabt habe, steht außer dem gegen Zimmern Bemerkten noch der Umstand entgegen, daß damit auch die Zulässigkeit der condictio gegen den filius familias geleugnet wäre. — Gegen die Annahme einer condictio furtiva noxalis spricht auch, daß in §. 4. J. de noxal. actt. (IV, 8) bei Aufzählung der Noxalklagen wohl die actio furti, nicht aber die condictio furt. genannt ist.

21) Vgl. v. Savigny, Syst. II. S. 562. — v. Vangerow, Lehrbuch III. S. 556.

22) L. 58. D. de R. J. (L, 17) Ex poenalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari. (Ulp. lib. 2. Disput.).

hafte, konnte allerdings zweifelhaft erscheinen, wenn man erwog, einmal daß causae poenales eine solche Haftung ausschlossen, sodann aber daß die condictio die causa poenalis gar nicht als solche auffaßte. Die Formulirung der Entscheidung zeigt denn auch, daß man erst nach vorhergehendem Schwanken zu der Annahme einer actio auf die Bereicherung gekommen ist, daß aber der Grund für diese Annahme eben der gewesen, daß die cond. furt. nicht eine Delictsklage, zeigt sich in dem ungewöhnlichen Ausdruck: ex furto facto, so wie in der Berufung auf die aequitas, und endlich in der Hinweisung auf die analoge Behandlung der actio rerum amotarum, deren Eigenthümlichkeit ja gerade darin besteht, daß sie keine Delictsklage ist. 23)

In dieser Weise ist also ein servus aus dem von ihm begangenen Delict civiliter obligirt, sein Delict bildet die causa solvendi und der durch das Delict Verletzte hat daraus eine actio, deren Begründung die Stellung des servus darum nicht entgegensteht, weil der dominus die Defensionspflicht hat, so lange die actio gegen den Delinquenten selbst nicht erhoben werden kann. 24)

Ein servus kann aber nicht nur, wie bisher angenommen, gegen einen extraneus ein Delict begehen, sondern auch gegen den eigenen dominus, insofern wenigstens als dem factischen Bestande nach auch gegen diesen die Verübung der Privatdelicte möglich ist; aus solchen Delicten aber entsteht keine actio für den Verletzten, es entsteht überhaupt keine obligatio in irgend welchem Sinn:

> §. 6. J. de noxal. actt. (IV, 8). Si servus domino noxam commiserit, actio nulla nascitur. Nam-

---

23) L. 26. D. rerum amot. (XXV, 2. —) Daß die Grenze, bis zu welcher die actio de peculio gegen den dominus zulässig wäre, zweifelhaft gewesen, zeigt die ganze L. 3. cit., s. auch unten.

24) In derselben Weise, wie die Delicte, werden auch die Quasidelicte, soweit sie bei servis vorkommen können, behandelt. So soll z. B. der dominus des servus, aus dessen Wohnung geworfen ist, haften, allerdings nicht mit einer wahren Noxalklage, denn eine noxa servi liegt hier nicht einmal vor, wohl aber: extra ordinem officio judicis corrigendum est. L. 1. §. 3. D. de his, qui dej. et eff. (IX, 3).

que inter dominum et eum qui in potestate ejus est nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit et manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo in cujus potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus noxiam tibi commiserit, et is postea in potestate tua esse coeperit, interdicitur actio, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potest, ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes. [25]

Der Grund, weshalb hier keine actio entstehen soll, nämlich daß zwischen dominus und servus keine obligatio möglich, scheint nicht richtig zu sein, da, wenigstens aus Rechtsgeschäften sehr wohl Obligationen, wenn auch nur klaglose, zwischen den genannten Personen vorkommen können. Wenn aber bei Delicten der servi das Recht des Verletzten den Character eines Forderungsrechts, einer actio, nur durch das entgegenstehende Recht des dominus des Delinquenten annimmt, und nur durch dieses Recht der Delinquent dem Verletzten als rechtlich obligirt gegenübersteht, so muß, wo die Veranlassung für die Fassung dieses Rechts als actio fehlt, überhaupt die obligatio wegfallen. Dem dominus steht gegen seinen eigenen servus die Befugniß zu, beliebig gegen denselben wegen des Delicts vorzugehen. In dieser Weise bespricht das Delict des servus gegen den eigenen dominus

L. 17. pr. D. de furt. (XLVII, 2) Servi et filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur: neque enim qui potest in furem statuere, necesse habet adversus furem litigare: idcirco nec actio ei a veteribus prodita est. (Ulp. lib. 39. ad Sabin.). [26]

---

25) Gai. IV, §. 78. L. 18. 64. D. de furt. (XLII, 2). — L. 37. D. de noxal. actt. (IX, 4).

26) Gai. I. §. 52. — §. 1. J. de his qui sui vel al. jur. (I, 8.) Daß gleichmäßig auch aus dem furtum der liberti der mercenarii und clientes keine actio furti und keine publica accusatio gegeben werden soll, hat natürlich andere Gründe und andere Bedeutung, wenngleich diese

Der Umstand, daß der dominus in servum statuere potest, hindert die actio, aber auch überall die obligatio, es tritt das Delict gar nicht auf das Rechtsgebiet, sondern bleibt innerhalb des unbedingt dem dominus unterworfenen Hauses. Darum erhält denn auch in einem Rescript der anfragende dominus den Rath, die servi, welche sich gegen ihn vergangen haben, domi convenire [27]), und wenn dabei hinzugefügt wird: quia inter dominum et servum judicium constare nullum potest, so kann das auch wiederum nichts Anderes heißen, als daß hier wegen des unumschränkten Rechts des dominus für eine rechtliche obligatio, für die Auffassung des Verhältnisses unter dem Gesichtspunkt der obligatio überall kein Raum ist. [28])

Darum muß denn aber, sowie sich dem Recht des dominus das Recht eines Anderen entgegenstellt, jenes Recht des statuere sich in eine actio verwandeln, und somit eine obligatio begründen. Daß dies bei dem Delict des eigenen servus vorkommen kann, zeigt

L. 17. §. 3. D. de furt. (XLVII, 2) Illud quaesitum est, si cum in fuga esset servus furtum domino fecisset, an aeque posset habere actionem adversus eum, qui in potestatem domini non regressum bona fide possidere coeperit? Movet quaestionem, quod quamvis possidere servum eo tempore quo in fuga est, videor, attamen furti actione non teneor, quasi

---

Fälle mit dem servus, der den dominus bestohlen hat, zusammengestellt sind. L. 11. §. 1. D. de poenis (XLVIII, 19). L. 89. D. de furtis (XLVII, 2).

27) L. 6. C. an servus (IV, 14.) Sive servi sint, quorum precibus fecisti mentionem, domi eos conveni, quia inter dominum et servum judicium constare nullum potest: sive post delictum manumissi sint, ex antecedentibus post datam libertatem eos nulla ratio juris a dominis quondam conveniri patitur. Sane si post manumissionem quid illicite commiserit, hoc apud Praesidem provinciae argue, accepturus ex jure sententiam. (Dioclet. et Max.). Vgl. auch L. 16. D. de furt. (XLVII, 2).

28) §. 6. J. de noxal. actt. (IV, 8) — nulla obligatio nasci potest. Darum ist denn auch nach der manumissio keine actio gegen den Delinquenten gegeben. L. 17. §. 1. D. de furtis (XLVII, 2). — Vgl. auch L. 1. §. 1. D. si is, qui testamento liber (XLVII, 2).

non sit in mea potestate. Quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Julianus scribit. Dicit igitur Pomponius libro 17. ex Sabino, competere furti actionem huic domino, cujus servus in fuga est. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

Wenn ein servus in fuga ein Delict (gegen einen extraneus) begangen hat, so ist die Noxalklage gegen den dominus nicht begründet, da diesem trotz seines dominii, ja trotz seiner possessio (ad usucapionem) die Möglichkeit der noxae deditio fehlt. Statt dessen ist der b. f. possessor des servus der Noxalklage verhaftet und diesem gegenüber muß auch das Recht des eigenen dominus zu einer actio werden, weil die possessio des Inhabers wie für jeden Fremden, so auch für den dominus selbst das statuere in servum unmöglich macht. 29)

Nach einer anderen Seite liegt ein Hinderniß gegen das statuere in servum vor, wenn Letzterer ein peculium hat, und der dominus dieses wegen Dritten obligirt ist; hier kann er wenigstens nicht anders mit Einziehung des peculii vorgehen, als wenn und soweit er das Delict als eine den servus ihm gegenüber obligirende Vermögensverletzung darstellen kann, also als ein debitum servi. 30) Diesen Fall behandelt

L. 9. §. 6. D. de pecul. (XV, 1) Sive autem ex contractu quid domino debeat (sc. servus), sive ex rationum reliquiis, deducet dominus. Sed et si ex delicto ei debeat, utputa ob furtum, quod fecit, aeque deducetur. Sed est quaestionis, utrum ipsa furti aestimatio, id est id solum, quod domino abest, an vero tantum, quantum si alienus servus commisisset, id est, cum furti poenis. Sed prior sententia verior est, ut ipsa furti aestimatio sola deducatur. (Ulp. lib. 29. ad Ed.). 31)

---

29) Die actio ist, falls nicht der possessor meint einen rechtlichen Grund zur Retention zu haben, eigentlich nur eine requisitio fugitivi, zu welcher der dominus stets berechtigt ist, in Form einer Klage. Vgl. L. 2. C. de serv. fugit. (VI, 1).

30) S. oben Seite 162. Anm. 17.

31) Vgl. auch L. 27. §. 1. de pecul. (XV, 1) Constat, heredem domini id quoque deducere debere, quod servus, cujus nomine cum

Dem eigenen servus wegen einer durch sein Delict herbeigeführten Vermögensverletzung das peculium so weit einzuziehen, hat für den dominus eine rechtliche Bedeutung nur, wenn das peculium Dritten verhaftet ist, welchen gegenüber die Einziehung als deductio und somit Verringerung resp. Absorbirung des Haftungsobjects erscheint. Zu solcher Deduction ist aber der dominus nur berechtigt auf Grund eines debitum des servus, und darum wird in der angeführten Stelle die Vermögensverletzung als ein debitum ex delicto bezeichnet, wie wenn der servus dem dominus obligirt wäre ex delicto, was er aber in der That nicht ist, da nur diese besondere Combination die Auffassung als eines debiti veranlaßt, um das statuere in servum, die Abminderung des peculii Dritten gegenüber zu rechtfertigen. Daß dabei die Römer gar nicht daran dachten, eine naturalis obligatio ex delicto zwischen servus und dominus anzunehmen, wird außer durch die oben angeführten allgemeinen Gründe auch noch dadurch bestätigt, daß hier nur die ipsa furti aestimatio, nicht die poena furti deducirt werden darf, also nur das, was bei dem Delict des servus gegen einen extraneus von dem dominus mit der condictio furtiva de peculio gefordert werden kann, mithin nicht sowohl unter dem Gesichtspunkt einer dem servus obliegenden Schuld aus dem Delict, sondern weil der Betrag der Vermögensverletzung nicht mehr Bestandtheil des peculii ist. Das sagt denn auch

> L. 4. §. 2. D. de pecul. (XV, 1) Ex his apparet, non quod servus ignorante domino habuerit, peculii esse, sed quod volente: alioquin et quod subripuit servus domino, fiet peculii; quod non est verum. §. 3. Sed saepe fit, ut ignorante domino incipiat minui servi

---

eo de peculio ageretur, ante aditam hereditatem ex bonis hereditariis amovisset, consumpsisset, corrupisset. (Gai. lib. 9. ad Ed. prov.). L. 9. §. 1. D. de pecul. legat. (XXXIII, 8) Si conservum suum vulneraverit servus et viliorem fecerit, Marcellus, non esse dubitandum, deduci ex peculio, quod domino interesset. Nam quid interest, conservum vulneret, an scindat aliquid, vel frangat, an subripiat? quo casu sine dubio minuitur peculium: sed non ultra simplum. (Paul. lib. 4. ad Sab.).

peculium, veluti cum damnum domino dat servus, aut furtum facit. §. 4. Si opem ferente servo meo, furtum mihi feceris, id ex peculio deducendum est, quominus ob rem subreptam consequi possim. (Pomp. lib. 7. ad Sab.) [32])

Der servus ist nicht schuldig die durch sein Delict angerichtete Vermögensverletzung des dominus zu tilgen, sondern wenn er ein peculium hat, so ist dieses von selbst — ignorante domino — um so viel verringert, und das so Abgezogene daher nicht mehr Fremden de peculio verhaftet. [33])

Damit fällt aber jede Veranlassung weg, im Römischen Recht eine nat. obl. ex delicto anzunehmen, und erklärt es sich dann auch, daß in der L. 14. cit. wo von dem obligari der servi gesprochen wird, bei den Delictsobligationen nicht zwischen civiliter und naturaliter obligari unterschieden ist. [34]) —

Während nun aber die L. 14. cit. bei Contracten der servi ein obligari und obligare derselben anführt, ist bei Delicten der servi nur des Erstern erwähnt, und zwar deshalb, weil aus Delicten gegen die servi überhaupt keine Obligationen der servi entstehen können.

Gewisse Delicte, nämlich die eine Vermögensverletzung enthaltenden [35]), können gegen servi überall nicht begangen werden; wenn sie auch Sachen betreffen, welche zum peculium des servus gehören, sind sie doch unmittelbar Delicte gegen den

---

32) Vgl. auch L. 30. pr. D. de a. e. v. (XIX, 1).

33) Darum bleibt denn gar kein Platz selbst für eine nat. obl. vom Gesichtspunkt der condictio, wie sie z. B. von v. Vangerow a. a. O. angenommen wird. In dem Moment wo der servus debitor ex causa condictionis sit factus, ist auch das debitum getilgt. Ohne peculium wäre allerdings ein n. o. anzunehmen, aber nicht ex delicto. s. oben S. 251.

34) In andern Fällen außer bei Sclaven ist das Gebiet der Naturalobligationen ausdrücklich auf Obligationen aus Rechtsgeschäften beschränkt, und wenn man bisher auch naturale Delictsobligationen annahm, so berief man sich dafür lediglich auf Obligationen der servi. s. oben S. 162.

35) Z. B. furtum.

dominus. Andere dagegen, z. B. Körperverletzung, injuria, sind allerdings gegen den servus factisch möglich, allein privatrechtlich gelten sie doch nur als Delicte, soweit sie ein Interesse des dominus verletzen.[36]) Bei dem damnum injuria datum hebt die Lex Aquilia ausschließlich die Vermögensverletzung des dominus hervor[37]) und das Delict erscheint nur als gegen den dominus begangen, ebenso gilt eine injuria als solche nur, soweit dieselbe eine injuria gegen den dominus ist. Nicht daß, wie bei der injuria gegen liberi und uxor dem pater und maritus die actio injuriarum deshalb zusteht, weil die Injurie gegen das Kind auch zugleich eine Injurie gegen den Vater ist, sondern nur wenn und soweit die Injurie gegen den servus: aperte ad contumeliam domini respicit.[38]) Wo dieses nicht der Fall liegt überhaupt rechtlich keine injuria vor, und daher z. B. niemals bei dem servus sine domino.[39])

Daß die Klagen aus den Delicten gegen den servus dem dominus servi nomine zustehen kann nur bedeuten, daß sie sich auf ein gegen den servus, nicht gegen den dominus unmittelbar begangenes Factum stützen, nicht aber, daß die Berechtigung des dominus nicht eine eigene, selbständige sei; denn während die Haftung des dominus für Delicte der servi an den Fortbestand des dominii geknüpft ist, steht ihm die aus dem Delict gegen den servus erworbene actio definitiv und persönlich zu, so daß z. B. eine spätere manumissio oder venditio des servus ihm dieselbe nicht entzieht.

L. 56. D. de O. et A. (XLIV, 7) Quaecunque actiones servi nomine mihi coeperunt competere vel ex duodecim tabulis, vel ex lege Aquilia, vel injuriarum, vel furti, eaedem durant, etiam si servus postea vel manumissus vel alienatus, vel mortuus fuerit. Sed et condictio ex furtiva causa competit, nisi si nactus possessionem servi aut alienavero aut manumisero eum. (Pomp. lib. 20. ad Q. Mucium.)[40])

36) Und dasselbe gilt von den Quasidelicten.

37) Pr. J. de lege Aquilia (IV, 3).

38) §. 3. 4. J. de injur. (IV, 3).

39) Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur. §. 3. J. cit.

40) Ueber die abweichende Behandlung der condictio furtiva vgl. L. 10. §. 2. D. de condict. furt. (XLVII, 2).

Ist aber das Delict, soweit es überhaupt dann möglich, von dem eigenen dominus begangen, so fällt dasselbe überhaupt nicht rechtlich unter den Begriff des Delicts, denn zu diesem gehört, wenigstens im Gebiet des Privatrechts, die Verletzung des Rechts einer anderen Person. Dieselbe Handlung, welche sonst Delict ist, wird daher, wenn sie von dem dominus gegen den eigenen servus begangen ist, zu einer privatrechtlich gleichgiltigen, zu einer Verletzung des eigenen Vermögens [41]), welche höchstens unter Umständen vom Standpunkte des öffentlichen Rechts als unzulässig erscheinen kann, niemals aber eine obligatio begründet, und darum steht denn auch nach der manumissio oder alienatio dem Verletzten oder dem neuen Herrn keine actio zu gegen den Delinquenten.

> §. 6. i. f. J. de noxal. actt. (IV, 8) Quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus vel alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

Das Resultat des Vorstehenden wäre also, daß nur aus Delicten der servi gegen Dritte Obligationen hervorgehen können, und daß danach der allgemeine Ausdruck der L. 14. cit. zu beschränken ist. Aber auch in diesem Fall ist es nur das Recht des dominus des delinquirenden servus resp. des Delinquenten nach der manumissio, welches das sonst gegen den servus unbeschränkte Recht des Verletzten in die Formen einer rechtlichen Obligation einschließt, weshalb denn auch aus dem Delict des servus sine domino keine obligatio entsteht. Wo aber aus dem Delict des servus eine obligatio begründet wird, ist dieselbe nothwendig immer klagbar.

Wenden wir uns nun zu den Contracten der servi. Aus diesen, sagt L. 14. cit., servi civiliter quidem non obligantur,

41) Daher wird denn auch nicht durch den vom dominus dem servus zugefügten Schaden, das peculium des Letztern vermehrt. L. 9. pr. D. de pecul. (XV, 1) Sed si damnum servo dominus dederit, in peculium hoc non imputabitur, non magis quam si subripuerit. (Ulp. lib. 29. ad Ed.), wogegen umgekehrt das Delict des servus gegen den dominus, welches auch rechtlich Delict ist, das peculium mindert. s. oben S. 255.

sed naturaliter et obligantur et obligant. Es ist daher in Folgendem zu unterscheiden zwischen Obligationen der servi aus denen diese verpflichtet werden, und solchen aus denen die anderen Contrahenten Schuldner der servi werden, und in beiden Fällen ist wiederum zu unterscheiden, ob der andere Contrahent ein Fremder oder der eigene dominus des servus ist.

Daß die Vornahme von Contracten und noch weiter aller Rechtsgeschäfte, bis auf wenige Ausnahmen 42), dem servus ebenso rechtlich möglich ist, wie dem Freien, wurde bereits erwähnt, und wenn daher der servus dabei die Stellung des Schuldners einnimmt, so liegt für ihn in dem rechtsgiltig abgeschlossenen Obligationsact seinem Inhalt nach eine causa solvendi, ein Recht aber, eine actio kann dem anderen Contrahenten nicht entstehen, weil gegen den servus keine actio möglich ist, servus conveniri non potest. Die Umstände, welche bei dem Delict des servus dem Verletzten dennoch ein Recht, namentlich eine actio geben, greifen hier nicht Platz; denn ein statuere in servum ist dadurch ausgeschlossen, daß nach dem Rechtsgeschäft von vorn herein der Anspruch des Gläubigers auf eine Vermögensleistung beschränkt war, und eine actio gegen den dominus ist nicht begründet, weil der dominus für die Rechtsgeschäfte seines servus an sich nicht verhaftet ist. Darum ist die obligatio des servus eine naturalis; die Rechtsunfähigkeit und darum Vermögensunfähigkeit des servus muß aber nothwendig auch der Bethätigung der causa solvendi in dem Umfange, welcher in abstracto möglich ist, mannigfach entgegentreten, und auf der anderen Seite kann der so gegebene Umfang der nat. obl. wiederum durch die Stellung des servus zu seinem dominus nach gewissen Seiten modificirt werden.

---

42) Zu diesen Ausnahmen gehören außer den bereits erwähnten Geschäften, zu deren Vornahme eine besondere Eigenschaft der Handelnden, z. B. die civitas (s. oben S. 237. Vgl. auch L. 20. §. 7. D. qui testam. (XXVIII, 1), erforderlich ist, auch diejenigen, welche einen dem servus rechtlich unmöglichen Inhalt haben, z. B. das Versprechen selbst zu litigiren. L. 13. D. si quis caut. (II, 11.) Quoties servus judicio sistendi causa, ut ipse litigaturus, vel ab alio stipulatur, vel ipse promittit, nec committitur stipulatio, nec fidejussores tenentur quia servus conveniri vel convenire non potest. (Julian. lib. 55. Dig.)

Die rechtliche Bedeutung der nat. obl. des servus finden wir beschrieben in

L. 13. pr. D. de cond. ind. (XII, 6) Naturaliter etiam servus obligatur, et ideo, si quis nomine ejus solvat, vel ipse manumissus, vel, ut Pomponius scribit, ex peculio, cujus liberam administrationem habeat, repeti non potest, et ob id et fidejussor pro servo acceptus tenetur, et pignus pro eo datum tenebitur; et si servus, qui peculii administrationem habet rem pignori in id quod debeat, dederit, utilis pigneraticia reddenda est. (Paul. lib. 10. ad Sab.).

Die Schuld des servus kann giltig gezahlt werden, so daß also unter allen Umständen die condictio indebiti ausgeschlossen ist, weil ein debitum gezahlt worden. Daß Dritte die Schuld durch Zahlung tilgen können, ist nichts Besonderes, eine Folge der eigenthümlichen Stellung des debitor ist es dagegen, daß dieser zur Zahlung befähigt ist auf Grund eines ihm zustehenden peculii, dessen freie Administration er hat. An sich ist dem servus die solutio unmöglich, weil er nichts Eigenes hat, und wenn er mit Sachen des dominus zahlt, so kann er damit die obl. nicht aufheben, weil der Empfänger der vindicatio des dominus ausgesetzt ist. [43]) In der Verleihung eines peculii und der Gestattung freier Administration desselben liegt aber von Seiten des dominus eine Anerkennung und Genehmigung der von dem servus ausgehenden Rechtsgeschäfte, wenigstens bis zum Belauf des peculii, und wegen der daraus sich ergebenden Haftung des dominus Dritten gegenüber, wird soweit für den servus selbst die solutio möglich. [44]) So ergiebt sich die Möglichkeit der solutio an sich aus der obligato-

---

43) Nur die Consumtion des soluti würde das Resultat ändern. s. oben S. 192.

44) Eine weitere Ausführung über die rechtliche Natur dieser Haftung des dominus zu geben, kann hier nicht der Ort sein. Der neuerdings erhobene Einwand, daß der Grund der Haftung des dominus nicht in der concessio liegen könne, weil der dominus auch für Schulden einstehen müsse, welche vor der concessio contrahirt sind, — Brinz, krit. Bl. 3. S. 27 — scheint nicht durchschlagend, denn auch diese Haftung ließe sich noch sehr wohl aus der concessio peculii erklären.

rischen causa, die der solutio Seitens des debitor selbst aber aus der rechtlichen Stellung desselben, welche ihm der dominus mittelst der concessio peculii gegeben hat.

Daß dann, wenn die obl. servi eine causa solvendi enthält, dafür giltig ein fidejussor eintrete, wird durch die Rechtsunfähigkeit des servus nicht gehindert, da die Giltigkeit der fidejussio nicht abhängig ist von einem Seitens des debitor selbst vorgenommenen Bestellungsact. Der fidejussor haftet für die ganze Schuld des servus, nicht etwa bloß soweit, als sie de peculio ist [45]), und wird daher nur durch die vollständige Zahlung, nicht schon durch Litiscontestation mit dem dominus, durch welche nicht nothwendig die ganze Schuld umfaßt wird, befreiet. [46])

Ebenso steht es mit einer Pfandbestellung, welche von einem Dritten ausgeht; hat der debitor selbst die Pfandbestellung vorgenommen, so ist dadurch kein Pfandrecht begründet, weil man nur an eigenen Sachen ein dingliches Recht constituiren kann. Daß ausnahmsweise dem servus, der die libera administratio peculii hat, die Möglichkeit gegeben ist, für seine Schuld ein Pfand mit der Wirkung zu bestellen, daß gegen den dominus die Pfandklage utiliter zusteht, erklärt sich eben so wie die oben angeführte Möglichkeit der Zahlung Seitens des servus, denn die Bestellung eines Pfandes für die eigene Schuld erscheint als ein Administrationsact, und fällt daher mit unter die Geschäfte, für welche der dominus in Folge der concessio peculii bis zum Belauf desselben — was dann keine Beschränkung ist, wenn das Pfand aus dem peculium genommen — haftet. [47])

Wenn aber dem servus die Tilgung der obl. durch solutio nur unter besonderen Voraussetzungen möglich war, so ist ihm die Vornahme der acceptilatio und die Aufhebung der obl. durch dieselbe unbedingt gestattet, denn da er an sich zur Vor-

45) §. 1. J. de fidej. (III, 20) in Verbindung mit L. 16. §. 4. D. de fidejuss. (XLVI, 1).

46) L. 84. D. de solut. (XLVI, 3).

47) L. 46. D. de pecul. (XV, 1) Qui peculii administrationem concedit, videtur permittere generaliter quod et specialiter permissurus est. (Paul. lib. 60. ad Ed.).

nahme dieses Rechtsacts fähig ist [48]), so steht der völlige Mangel irgend welchen Vermögens hier nicht entgegen, weil die acceptilatio den Schuldner befreiet ohne eine Vermögensleistung. Ebenso muß man auch dem servus die Möglichkeit zusprechen, seine eigene Schuld durch Novation aufzuheben. In der Novation liegt die Aufhebung der bestehenden, und die Constituirung einer neuen Obligation unter denselben Personen [49]), beides ist dem servus möglich, denn es ist nicht einzusehen, warum der servus nicht ebenso gut den in der Novation enthaltenen Erlaß der Schuld annehmen könne, wie er denselben in der acceptilatio annehmen kann, und ebenso kann er durch seine promissio dafür eine neue Obligation begründen, da ihm die Möglichkeit einer promissio allgemein zusteht. [50]) Eine andere Frage ist dagegen, ob die novatio der eigenen Schuld Seitens des servus überhaupt eine practische Bedeutung hat. Geschieht die novatio ohne Veränderung des Inhalts der obl., bloß zu dem Zweck, um dieselbe in eine verborum obligatio zu verwandeln, so hat sie für die nat. obl. gar keine Bedeutung, da bei der Klaglosigkeit auch der neuen Obligation die einzige Folge solcher Novation, die Begründung der actio ex stipulatu, nicht erreicht werden kann. Es liegt in solcher Novation Nichts als eine Anerkennung der bestehenden Schuld, also ein constitutum debiti proprii, welches auch für den servus möglich ist. Wird dagegen eine Modification des Inhalts der obl. beabsichtigt, so kann diese auch bei der Klaglosigkeit der neuen Obligation erreicht werden, allein es bedarf zu diesem Zwecke gar nicht einer Novation, sondern es genügt eine, wenigstens in neuerem Recht stets giltige adjectio zu der bestehenden Obligation.

Was dann endlich die Compensation anbetrifft, so ist zwischen der freiwilligen Compensation und der Uebung des Com-

---

48) L. 8. §. 4. D. de acceptil. (XLVI, 4). — Vgl. oben S. 129. Anm. 9.

49) L. 1. pr. D. de novat. (XLVI, 2).

50) Die Bestimmung der L. 16. D. de novat. (XLVI, 2) Servus nec peculiarem quidem obligationem citra voluntatem domini novare potest: sed adjicit potius obligationem, quam pristinam novat. (Florent. lib. 8. Instit.) bezieht sich auf eine obl., woraus dem servus geschuldet wird.

pensationsrechts zu unterscheiden. Jene ist für den servus möglich, soweit ihm die Zahlung möglich ist, also aus dem peculium, dessen Administration ihm zusteht, denn wenn auch wegen dessen quod servo debetur der dominus die actio hat, so ist die Schuld des servus doch, soweit das peculium reicht, auch die klagbare Schuld des dominus; die Compensation befreit letzteren daher von seiner Schuld, und benachtheiligt ihn nicht mehr als die dem servus zustehende solutio, welcher diese Compensation völlig gleichsteht. Aus diesem Grunde ist denn aber auch, abgesehen von einem peculium, die Compensation Seitens des servus eben so ausgeschlossen, wie eine solutio, weil dadurch der dominus gezwungen würde, durch Verlust seiner actio auf dasjenige quod servo debetur für die Schuld des servus zu haften, wozu er an sich überall nicht verpflichtet ist. Die Ausübung des Compensationsrechts dagegen ist an die klageweise Geltendmachung der Schuld des servus gebunden, eine solche kann aber nur gegen den dominus de peculio oder in einer andern Form einer s.g. actio adjectitiae qualitatis stattfinden, und solcher Klage gegenüber ist denn allerdings Seitens des dominus eine Compensation möglich, darüber hinaus fällt aber mit der Möglichkeit einer actio gegen den servus auch die Möglichkeit einer Compensation hinweg. 51)

Ergiebt sich auf diese Weise der Umfang der rechtlichen Bedeutung der nat. obl. des servus aus der Stellung desselben sowohl in abstracto als auch zu seinem dominus, so muß diese Bedeutung eine nicht unwesentliche Veränderung erleiden durch die manumissio des servus debitor. Der manumissus steht in Bezug auf die Fähigkeit zum obligatorischen Verkehr dem Freien vollkommen gleich, die von ihm in servitute begründete Schuld behält daher nicht nur ihre bisherige Bedeutung, sondern sie kann auch von dem debitor selbst giltig gezahlt werden, und das von diesem für die Schuld bestellte Pfandrecht ist ein wirkliches dingliches Recht; ferner nimmt die von dem

---

51) Vgl. auch L. 9. pr. D. de compens. (XVI, 2). s. oben S. 217. Anm. 59. Die Erlangung des solidum per compensationem, wenn der dominus klagt, erklärt sich daraus, daß hier Forderung und Schuld ex eadem causa stammen.

Schuldner selbst ausgehende Novation wieder ihre gewöhnliche Stellung ein, sie setzt an die Stelle der alten, klaglosen Obligation eine klagbare, eine verborum obligatio [52]), und darum finden wir denn auch gerade für diesen Fall, nämlich daß der manumittirte debitor novirt, die Novation in den Quellen erwähnt und geradezu als solutio bezeichnet. [53]) Ebenso kann die Schuld dem manumissus gegenüber, da dieser nun gegen denjenigen, cui debetur, aus Gründen, welche nach der Manumission entstanden sind, eine actio haben kann, in jeder Weise durch Compensation geltend gemacht und getilgt werden. Bestimmte Zeugnisse hierfür haben wir freilich nicht, allein die ganz allgemein anerkannte Compensirfähigkeit der natt. obll. berechtigt uns, die Compensation überall zuzulassen, wo nicht besondere Gründe derselben entgegenstehen. Nur die actio fehlt der obligatio gegen den manumissus nach wie vor, nicht aber aus Gründen in der Person des manumissus, sondern allein deshalb, weil bei der Begründung der obl. keine actio entstanden ist, und die manumissio als solche kein Grund für die Entstehung der actio ist. [54])

> L. 2. C. an servus (IV, 14) Creditoribus tuis, qui tibi in servitute mutuam pecuniam crediderunt, nulla adversus te actio competit; maxime cum peculium tibi non esse legatum proponas. (Anton.). [55])

Hier ist zuerst der oben erklärte Satz ausgesprochen, die Schlußbemerkung soll noch einen weiteren Grund dafür liefern, zeigt aber zugleich, daß unter Umständen allerdings der manumissus klagbar obligirt ist, nämlich, falls er das peculium, welches er als servus hatte, bei der manumissio behalten hat. Wenn der servus ein peculium hat, so haftet der dominus bis

---

52) L. 1. §. 1. D. de novat. (XLVI, 2).

53) L. 19. §. 4. de donat. (XXXIX, 5).

54) Die Erwägung, die v. Savigny, Syst. II. S. 426 zur Erklärung der Klaglosigkeit der obligatio des manumissus macht, ist nicht nothwendig, auch nicht zur Rechtfertigung der von diesem Satze sich findenden Ausnahmen, die vielmehr andere Gründe haben. s. unten.

55) Paul. rec. sent. II, 13. §. 9. Servus si mutuam pecuniam servitutis tempore acceperit, ex ea obligatione post manumissionem conveniri non potest.

zum Belauf desselben für die Schuld des servus, und zwar nach der Anordnung des praetorischen Edicts, klagbar, der andere Contrahent hat dann gleichsam zwei Schuldner, den servus in solidum und den dominus de peculio. 56) Der Grund der Haftung des Letzteren ist aber lediglich das peculium 57), und daß das peculium sein Eigenthum ist, über den Betrag des peculii hinaus ist er überall nicht, weder civiliter noch naturaliter obligirt, so daß ihm auch, wenn er mehr als den Betrag des peculii gezahlt hat, und die subjectiven Requisite der condictio indebiti vorhanden sind, das solutum so weit repetiren kann. 58)

Haftet aber die klagbare Verpflichtung an dem peculium, so muß sie allgemein einen Jeden treffen, welcher das peculium als solches hat, sobald nur gegen diesen überhaupt eine actio möglich ist. Hat also der manumissus das peculium zu eigen erhalten, so ist die bis dahin gegen den dominus begründete actio auf ihn übergegangen. Darum rechtfertigt denn die L. 2. C. cit. die Unzulässigkeit der actio gegen den Manumissus damit, daß das peculium demselben nicht legirt ist, denn während bei einer andern manumissio das peculium, wenn es

---

56) Vergl. L. 44. D. de pecul. (XV, 1), wo diese Auffassung für die Schuld des filiusfamilias bezeugt ist.

57) Dieses wird auch bestätigt dadurch, daß wenn die actio de peculio nicht zur Tilgung der ganzen Schuld geführt hat, bei späterem Zuwachs die actio noch immer zulässig ist. L. 30. §. 4. D. de pecul. (XV, 1) Is qui semel de peculio egit, rursus aucto peculio de residuo debiti agere potest. (Ulp. lib. 29 ad Ed.) Vgl. v. Savigny, Obl. R. I. S. 104. Note f.

58) Dagegen kann auch nicht angeführt werden L. 11. D. de cond. indeb. (XII, 6) Si is, cum quo de peculio actum est, per imprudentiam plus, quam in peculio est, solverit, repetere non potest. (Ulp. lib. 35. ad Sab.). — Hier fehlt es an dem subjectiven Requisit für die condictio. S. Brinz, krit. Bl. S. 27, woselbst auch die abweichende Erklärung v. Savigny's (a. a. O. S. 104) widerlegt ist. Vgl. auch Erxleben a. a. O. S. 112. — Die Annahme einer nat. obl. für den dominus auf den über das peculium hinaus liegenden Betrag der Schuld des servus (Christiansen a. a. O. S. 134. Renaud a. a. O. S. 438) ist durch Nichts gerechtfertigt. Für den dominus liegt eben nur, soweit das peculium reicht, eine causa solvendi vor.

nicht ausdrücklich zurückgenommen ist, selbstverständlich dem manumissus verbleibt, ist bei letztwilliger Freilassung eine ausdrückliche Legirung des peculii erforderlich. [59])

Nur ausnahmsweise ist der manumissus unabhängig von einem peculium für die von ihm als servus contrahirte Schuld, und zwar auf den ganzen Betrag derselben, klagbar verhaftet, nämlich wenn das Schuldverhältniß, obgleich vor der manumissio begründet, sich in weiteren Acten nach derselben fortsetzt, und das Ganze nur mit einer Klage geltend gemacht werden kann, weil die nach der manumissio begründete Schuld sich nicht von der vor derselben entstandenen trennen läßt. [60])

L. 17. D. de negot. gest. (III, 5.) Eum actum, quem quis in servitute egit, manumissus non cogitur reddere. Plane si quid connexum fuit, ut separari ratio ejus, quod in servitute gestum est, ab eo, quod in libertate gessit, non possit, constat venire in judicium vel mandati vel negotiorum gestorum et quod in servitute gestum est. (Ulp. lib. 35. ad Ed.) [61])

In ähnlicher Weise ist gegen den manumissus aus der schon durante servitute begründeten obligatio eine actio gegeben, wenn der Obligationsgrund ein solcher ist, daß er nach der manumissio nicht nur fortdauert, sondern, so lange er dauert, eigentlich sich immer wiederholt. Ein Beispiel solcher Obligation giebt

L. 21. D. depos. (XVI, 3) Si apud filiumfamilias res deposita sit et emancipatus rem teneat, pater nec intra annum de peculio debet conveniri, sed ipse filius. §. 1. Plus Trebatius existimat, etiamsi apud servum depositum sit, et manumissus rem teneat, in

---

59) §. 20. J. de legat. (II, 20). — Die actio ist, auch gegen den manumissus, immer nur de peculio, also möglicher Weise nicht die ganze Schuld umfassend. Darum sollen die res bonorum des manumissus quae propriis laboribus quaesivit nicht „inquietirt" d. h. durch actio zur Haftung herbeigezogen werden. L. 5. C. an servus (IV, 14).

60) v. Savigny, Syst. II. S. 137.

61) Der unmittelbar folgende Satz giebt dann ein Beispiel, wo eine Trennung möglich und daher auch nothwendig ist.

ipsum dandam actionem, non in dominum, licet ex caeteris causis in manumissum actio non datur. (Paul. lib. 60. ad Ed.) [62])

Die hier erwähnte actio ist die actio depositi. Diese kann durch den Depositalcontract mit dem servus nicht begründet, also auch nicht gegen den manumissus zulässig sein, allein Letzterer hat nach der manumissio noch die deponirte Sache, und zwar in Folge der geschehenen Deposition; auch dieses Haben ist ein genügender passiver Grund für die actio depositi, ein Grund, der immer von Neuem, auch nach der manumissio entsteht, und so von Neuem die Verpflichtung zur Rückgabe auch selbständig für den manumissus begründet. Geht die actio depositi gegen den Depositar wegen dolus auf Entschädigung, statt auf Rückgabe, so ist dieselbe gegen den manumissus nicht zulässig, da sie dann nur aus dem Depositalcontract abgeleitet werden kann. Nur von dem Gesichtspunkt des Delicts aus wäre hier, wie oben gezeigt worden [63]), eine actio gegen den manumissus möglich.

Ein servus kann aber nicht bloß mit einem extraneus, sondern auch mit dem eigenen dominus ein obligatorisches Rechtsgeschäft abschließen, und auch aus einem solchen soll, wenn der Inhalt desselben dem servus eine Leistung auflegt, dieser naturaliter obligirt sein. [64]) Die rechtliche Bedeutung dieser nat. obl. ist aber durante servitute noch mehr beschränkt, als in dem Fall, wo der andere Contrahent ein extraneus ist, denn das Verhältniß der beiden Contrahenten zu einander macht dem debitor unter allen Umständen eine Zahlung und ebenso eine Pfandbestellung, wie sie oben erwähnt worden, unmöglich, da, wenn der debitor auch ein peculium hat, aus diesem dem dominus keine Zahlung geleistet werden kann, weil dasselbe Eigenthum dessen ist, dem gezahlt werden soll, und deshalb auch der servus dem eigenen dominus selbst nicht so wie einem

62) Vgl. v. Savigny, Syst. II. S. 141.
63) S. oben Seite 249.
64) L. 49. §. 2. D. de pecul. — S. oben Seite 159.

extraneus eine res peculiaris verpfänden kann. Dagegen steht auch bei einer solchen Obligation der Intercession Dritter für den Schuldner durch Bestellung von Bürgschaft und Pfand oder auch durch Expromission Nichts entgegen [65]), gleicher Weise können alle auf Uebereinkunft beider Obligationsinteressenten ruhenden, die Aufhebung oder Modification der obligatio bezweckenden Rechtshandlungen vorgenommen werden, nämlich acceptilatio, novatio, constitutum debiti proprii, und ebenso steht die compensatio als freiwilliger Tilgungsact den Parteien frei, da in derselben ein justum pactum auf Aufhebung der betreffenden Obligationen zu sehen ist.

Die hauptsächlichste rechtliche Bedeutung erhalten diese Obligationen des servus aber erst durch das Zusammentreffen derselben mit Schulden des servus an einen Dritten. Wenn nämlich der servus ein peculium hat und dem dominus, zugleich aber einem extraneus aus obligatorischen Rechtsgeschäften schuldig geworden ist, mithin der dominus dem Letzteren de peculio klagbar verhaftet ist, so darf der dominus bei Berechnung des peculii, also bei Bestimmung der Größe des Haftobjects den Betrag der Schuld des servus an ihn, den dominus, vorweg deduciren [66]), oder wenn ein tributum vorliegt, bei eintretender Insufficienz desselben wenigstens den gleichen Theil zurückbehalten, welchen die Gläubiger aus demselben bekommen. [67]) Auf diese Weise steht dem dominus die Möglichkeit zu, die Schuld des servus zu realisiren, sich bezahlt zu machen, und es ist, da ein derartiger Abzug von dem peculium, resp. dem tributum, dem dominus nicht nach Willkühr zusteht, nothwendig, die Schuld des servus auch in diesem Fall,

---

65) §. 1. J. de fidej. (III, 20) — — ut pro servo quoque obligetur (sc. fidejussor) sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur. — Pfandbestellung und Expromission fordert auch nur eine nat. obl., und daß diese obl. des servus zu solchen Obligirungen Dritter eine hinlängliche Grundlage bietet, zeigt die Möglichkeit der fidejussio. — L. 56. §. 1. de fidej. (XLVI, 1).

66) S. oben Seite 220.

67) §. 5. J. quod cum eo (IV, 7). L. 7. §. 1. L. 12. D. de tribut. act. (XIV, 4).

dem eigenen dominus gegenüber als wirkliche Schuld, das Verhältniß als wirkliche obligatio festzuhalten, da nur so der Abzug vom peculium sich rechtfertigt. Bei dem delictum des servus gegen den dominus [68]) wurde, wie wir gesehen haben, das peculium ipso jure um den Betrag der Beschädigung des dominus verringert, bei Schulden aus Rechtsgeschäften ist dagegen eine solche ipso jure eintretende Verminderung des peculii nicht anzunehmen, denn sonst könnte überhaupt, wenn der servus ein peculium hat, wenigstens innerhalb des Bestandes desselben, eine obligatio nicht bestehen, wie es denn doch nach der Möglichkeit der Bürgschaft, der Pfandbestellung u. s. w. für eine solche Schuld zu schließen, entschieden der Fall ist. [69]) Der Grund dieser verschiedenen Behandlung liegt darin, daß, während bei dem Delict des servus der Wille des dominus augenblicklich als auf Realisation der Entschädigung gerichtet mußte angesehen werden, der dominus bei Contrahirung eines Rechtsgeschäfts gerade umgekehrt die Absicht h[illegible], eine obligatio zu begründen, welche demnächst vielleicht zu realisiren wäre, nicht aber die Absicht des peculium augenblicklich um den Betrag des Geschäfts zu vermindern. [70]) Die Bezugnahme der obl. auf das peculium, und die Möglichkeit der Zahlung aus diesem ist erst gegeben durch den fortdauernden freien Willen des dominus, den servus in Betreff des peculium als eine selbständige Person zu betrachten; erst wenn der dominus Dritten de peculio verhaftet ist, hört seine Befugniß, willkührlich über

---

68) Und auch wenn das Delict unter dem Gesichtspunct der condictio sine causa betrachtet wurde. s. oben S. 249.

69) Gegen diese Auffassung der Deductionsbefugniß bei Obll. aus Rechtsgeschäften spricht auch nicht, wenn mehrfach gesagt wird, daß als peculium nur das nach Abzug des debiti servi Uebrigbleibende anzusehen sei, denn hier, wo das peculium den Ansprüchen Dritter gegenüber berechnet werden soll, wird eben stillschweigend vorausgesetzt, daß der dominus von seinem Deductionsrecht Gebrauch macht.

70) Daß aber solche Absicht des dominus zur Verminderung des peculii erforderlich ist, beweist L. 8. D. de pecul. (XV, 1) Non statim, quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, — — — desiderat enim res naturalem dationem. Contra autem, simul atque noluit, peculium servi desinit peculium esse. (Paul. lib. 4. ad Sab.). vgl. auch L. 4. §. 1. D. eod.

das peculium zu disponiren, auf, zugleich aber liegt dann in der deductio eine Befriedigung für den dominus, wie sie in der sonstigen Einziehung des peculii nicht gefunden werden kann. Zahlt er, ohne die deductio vorzunehmen, so zahlt er mehr, als wozu er rechtlich verbunden ist, und er hat dann nicht nur, die gehörigen Requisite dieser Klage vorausgesetzt, die condictio indebiti, sondern — und dieses ist namentlich wichtig, wenn er diese condictio aus irgend welchem Grunde nicht erheben kann — die Schuld des servus besteht fort, und kann daher möglicher Weise auch noch auf andere Art realisirt werden.[71]

Nach geschehener manumissio[72] bleibt auch diese Schuld des servus als klaglose bestehen, ihre Existenz ist an sich unabhängig von dem Bestand eines peculii, denn dem dominus gegenüber ist das peculium für den servus kein Ganzes und daher selbst die Einziehung des peculii, wenigstens nicht nothwendig Aufhebung der Schuld, vielmehr kann dieses immer nur auf Grund besonderer Vorgänge angenommen werden. War der dominus Dritten de peculio verhaftet, so wird dann allerdings diese actio, wenn der manumissus das peculium als Ganzes erhalten hat, gegen diesen gehen, und ihm dann die Befugniß der deductio dessen quod domino debetur zustehen, daraus folgt aber noch nicht, daß auch der dominus selbst in einem solchen Fall de peculio gegen den manumissus mit einer Klage vorgehen kann.

Daß die obl. des servus auch hier nach der manumissio klaglos ist, hat wiederum seinen Grund allein darin, daß bei Begründung der obl. eine actio nicht entstehen konnte. Davon scheint aber eine Ausnahme vorzukommen, da in einer Stelle unserer Quellen wenigstens aus der durante servitute contrahirten Schuld des servus gegen den manumissus dem früheren dominus eine actio gegeben wird.[73] Allein die aus der hier

71) Z. B. durch Compensation gegen den manumissus.

72) Wie bei dem Verkauf des servus debitor die eine Art von n. o. in die andere übergeht, ergiebt sich nach dem Vorstehenden von selbst.

73) L. 3. C. an servus (IV, 14). s. oben S. 113. Anm. 11; vgl. auch v. Savigny, Syst. II. S. 428 a. E.

erwähnten promissio gegebene actio ist eine actio in factum genannt, nicht, wie es doch Regel wäre, actio ex stipulatu, und die zugelassene actio kann daher nicht einfach die aus der obl. an sich folgende sein, was also den Satz von der Klaglosigkeit der obl. auch des manumissus bestärkt. Wie aber erklärt sich hier die Zulassung der actio in factum? Der Zusatz: „si posteaquam manumisisti, stipulatus ab eo non es", zeigt, daß der dominus bei Annahme der promissio des servus, nach der manumissio eine freiwillige Leistung oder eine neue bindende, klagbare promissio erwartete; hat nun der manumissus Keines von beiden prästirt, so hat er dolos gegen den manumissor gehandelt, welcher die manumissio nur in der wohlbegründeten Erwartung der verabredeten Gegenleistung angenommen hat. Auf Grund dieser Täuschung, die sich allerdings aus einem vor der manumissio vorgenommenen Factum ergiebt, aber erst nach der manumissio geschehen ist, steht dann dem manumissor eine actio zu, die hier wegen des eigenthümlichen Thatbestandes derselben eine actio in factum genannt wird, und als speciellere Klage wie die actio de dolo erscheint.

Daß dieses der Gedanke ist, worauf sich die Zulassung der actio in factum stützt, ergiebt sich auch aus einer anderen Stelle [74]), wonach der servus dem dominus für die Freilassung einen reus bestellt hatte, unter der Bedingung, daß die Schuld desselben nach geschehener Freilassung auf ihn, den manumissus, übertragen werden solle. Wenn nun der manumissus diese Uebertragung nicht gestattet, so haftet der expromissor dem manumissor, hat aber gegen den manumissus wegen des erst nach der manumissio gegen ihn begangenen dolus eine actio de dolo, und diese selbe Klage steht auch eventualiter, nämlich, wenn der expromissor insolvent ist, dem manumissor selbst zu aus gleichem Grunde. [75]) In diesem Falle tritt der Delictscharacter der actio ganz besonders deutlich hervor.

---

74) L. 7. §. 8. D. de dolo malo (IV, 3).
75) Anders v. Savigny a. a. O. S. 429.

Ein servus kann aber nicht bloß durch ein Rechtsgeschäft verpflichtet werden, dasselbe kann vielmehr auch in der Art abgeschlossen sein, daß der andere Contrahent, sei er extraneus oder dominus, dem servus schuldig ist [76]). Der Grund der Klaglosigkeit liegt hier in der Unfähigkeit des servus ein Recht zu erwerben, resp. zu haben, es fragt sich daher nur noch, ob und in wie weit diese Unfähigkeit überhaupt Raum läßt für irgend welche rechtliche Bethätigung der causa solvendi.

Setzen wir zuerst den Fall, daß der servus mit einem extraneus contrahirt dermaßen, daß dem Inhalt des Geschäfts nach Letzterer der Schuldner ist, so scheint es, als ob für eine klaglose Obligation deßhalb kein Raum wäre, weil unmittelbar eine vollständige, klagbare Obligation begründet ist. Quod servo debetur ab extraneis, dominus recte petet [77]), die Rechtsunfähigkeit des servus hindert ihn nicht an dem Rechtserwerb für seinen dominus, was der servus erwirbt, erwirbt er ipso jure und necessario dem dominus, er ist in Bezug auf Rechtserwerb der vollständige und nothwendige Repräsentant des dominus, so sehr, daß alle seine Erwerbshandlungen unmittelbar wie eigene Handlungen des dominus wirken, einerlei ob der servus sie ausdrücklich für den dominus oder für sich, oder ohne jede nähere Bezeichnung vorgenommen hat [78]). Und diese Repräsentation gilt auch für den Erwerb der actio, welche, wie ausdrücklich hervorgehoben wird, im Moment der Begründung der obl. durch den servus, dem dominus erworben wird [79]). Steht aber dem dominus die actio zu, so erscheint die ganze obligatio, wenngleich sie von dem servus begründet ist, rechtlich als die, und zwar vollgültige, klagbare obligatio des dominus, auch das debitum ist ein vollständiges, eigentliches debitum

76) L. 14. D. de O. et A. (XLIV, 7) — et obligantur et obligant.
77) L. 41. D. de pecul. (XV, 1) s. oben S. 86.
78) L. 15 D. de stipul. serv. (XLV, 3).
79) L. 79. D. de a. v. o. h. (XXIX, 2) §. 1. J. de his qui sui vel alieni juris (I, 8). Daß dieses auch von der actio gilt, zeigt Gai. II, 87. und L. 10. §. 1. D. de a. r. d. (XLI, 1), wo dasselbe vom stipulari gesagt ist. s. auch T. J. de stip. servor. (III, 17.) und L. 45 pr. D. de V. O. (XLV, 1). — Vgl. L. 39. 40. D. eod.

an den dominus [80]), neben welchem nicht zugleich ein minus proprie debitum existiren kann, und alle auf die obl. bezüglichen Rechtsacte der Parteien oder Dritter treffen unmittelbar diese klagbare obligatio. So ist denn allerdings eine Bürgschaftsstellung und ebenso die Bestellung eines Pfandrechts sowohl vom debitor als auch von einem Dritten bei dem servus cui debetur möglich, allein immer nur so, daß daraus eine actio und zwar für den dominus entsteht, und ferner Bürgschaft und Pfand für die durch die actio des dominus realisirbare Schuld haften. Auch kann unter den Contrahenten selbst eine Novation dieser Obligation vorgenommen werden, aber von dem servus nur unter Zustimmung des dominus [81]), weil diese Novation auch die dem dominus zustehende actio aufhebt, also eine Rechtsminderung oder doch Rechtsveränderung enthält, welche nur mit Einwilligung des Berechtigten giltig vorgenommen werden kann. Den Abschluß eines Constitutum kann man dagegen dem servus allein zugestehen, jedenfalls wenn darin lediglich eine Anerkennung der Obligation enthalten ist, aber auch dann, wenn dieselbe eine Modification zu Gunsten des Gläubigers macht, die dann natürlich ohne Weiteres dem dominus zu gut kommt, nicht aber soweit das Constitut eine Modification nach der anderen Seite hin enthält. Ebenso kann man dem servus die Befugniß zusprechen ohne Genehmigung des dominus Zahlung anzunehmen und dadurch die obl. zu tilgen, die actio des dominus aufzuheben, denn durch solche Zahlung an den servus kommt eben der Gegenstand der actio in das Vermögen des dominus [82]). Von selbst versteht sich das besonders, wenn der Gegenstand der Obligation ein solcher ist, daß gerade nur an den servus die Leistung gemacht werden kann z. B. das Versprechen, dem servus die Vornahme einer

---

80) S. oben Seite 234.

81) L. 19. D. de solut. (XLVI, 3) — — Et ideo servus meus, quod peculiari nomine crediderit, exigendo liberabit debitorem; delegando vel novando non idem consequeretur. (Pomp. lib. 21. ad Sab.) — L. 16. D. de novat. (XLVI, 2). S. oben S. 263. Anm. 50. — L. 25. D. eod.

82) L. 19. D. cit. Es gilt das wenigstens für: quasi domino solutum und befreiet den debitor.

ihm vortheilhaften Handlung zu gestatten; hier ist die Zahlung an den servus von selbst auch Zahlung an den dominus, da dieser nur einen Anspruch darauf hat, daß eben dem servus die in Rede stehende Handlung gestattet werde [83]). Daß dem servus nicht die Befugniß zusteht durch freiwillige Compensation die Schuld des extraneus aufzuheben, ist klar, da er nicht die actio des dominus durch Aufrechnung einer Schuld tilgen kann, für welche der dominus nicht verhaftet ist, eben so wenig braucht aber auch der dominus, welcher seine actio aus der Schuld an den servus gegen den extraneus geltend macht, sich eine Compensation mit einer Schuld des servus gefallen zu lassen [84]), mit alleiniger Ausnahme des Falls, daß diese Schuld mit der actio des dominus ex eadem causa entstanden, so daß also streng genommen nicht compensirt zu werden braucht, vielmehr die actio des dominus von vorn herein nur auf den Saldo aus dem ganzen Geschäft begründet ist [85]).

Wenn nun aber die Quellen neben dieser actio des dominus doch noch eine nat. obl. des servus festhalten, wie nicht zu bezweifeln ist [86]), so kann das einmal in dem Sinne gemeint sein, daß: si factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem, d. h. wenn wir lediglich den Obligationsact betrachten, wir die obligatio als die des servus, und dann natürlich ohne actio bezeichnen müssen, da die Handlnng des servus den Inhalt der obligatio giebt und nur auf diesen Inhalt dem dominus die actio zusteht. Dieses hebt auch hervor

> L. 12. D. de contr. emt. (XVIII, 1) In hujus-modi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent, non eorum, quibus acquiritur ex eo contractu actio. Nam si servus meus vel filius qui in mea potestate est, me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem,

83) Vgl. z. B. §. 2. J. de stipul. servorum (III, 17).

84) So weit nicht in der Compensation eine actio de peculio gegen den dominus enthalten ist.

85) L. 9. pr. D. de compens. (XVI, 2) s. oben S. 217. Anm. 59.

86) S. oben Anm. 76.

sed quid ille qui contrahit. (Pomp. lib. 31. ad Quint. Muc.)

und noch entschiedener

L. 2. D. de litigios. (XLIV, 6.) Si servus cum emerit, scit, ignoravit autem dominus, vel contra, videndum est, cujus potius spectanda sit scientia. Et magis est, ut scientia inspicienda sit ejus, qui comparavit, non ejus cui acquiritur, et ideo poena litigiosi competit; sic tamen, si non mandatu domini emit: nam si mandatu, etiamsi scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet: et ita Julianus in re litigiosa scribit. (Ulp. lib. 6. fideicomm.)

Hier wird einander entgegengesetzt, ob der servus im Auftrage des dominus gehandelt hat, oder nicht; in jenem Falle ist der dominus selbst der Handelnde, der servus nur sein Organ, und die obl. daher allein aus der Person des dominus zu beurtheilen, wo aber ein solcher Auftrag nicht vorhanden, wo lediglich die Stellung des servus zum dominus diesem die actio erwirbt, da ist es die Obligation des servus, und nach dieser bestimmt es sich, ob eine actio entsteht, welche dann freilich, wenn sie aus der Person des servus sich ergiebt, dem dominus zufällt [87].

Aber nicht dieses ist der Grund, weßhalb die obl., aus welcher Jemand dem servus schuldig geworden, trotz der actio des dominus als eine nat. obl. des servus bezeichnet wird, sondern dieser liegt vielmehr in dem Peculiarrecht.

Die servi, welche in dem Vermögensverkehr selbständig, d. h. nicht nur im ausdrücklichen Auftrag des dominus auftraten, hatten regelmäßig ein peculium, und der Erwerb von Sachen oder Obligationen wurde ihnen meistens eben erst auf Grund eines solchen peculii, über welches ihnen dann meistens wohl auch eine Administrationsbefugniß zustand, möglich. Es ist hier nicht der Ort die Lehre von den Peculien nach allen Seiten hin zur Darstellung zu bringen, vielmehr sind nur diejenigen Punkte hervorzuheben, welche zur Erklärung der erwähnten nat.

87) Vgl. auch Buchka, die Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen (1852) S. 13 ff.

obl. dienen. Das sind folgende. Zum Peculium des servus gehört nicht allein dasjenige, was der dominus aus seinem Vermögen dem servus als peculium einverleibt hat, sondern auch der von dem servus ohne Wissen des dominus — also vom Dritten — gemachte Erwerb, falls nur die Umstände zu der Annahme berechtigen, der dominus würde, wenn er von dem Erwerb erfahren, dessen Zubehörigkeit zum peculium anerkannt haben.

L. 49. pr. D. de pecul. (XV, 1) Non solum id peculium est, quod dominus servo concessit, verum id quoque, quod ignorante quidem eo acquisitum sit, tamen, si rescisset, passurus erat esse in peculio. (Pomp. lib. 4. ad Q. Muc.)[88]

Zu solcher Annahme sind wir aber berechtigt, einmal, wenn der Erwerb lediglich und unmittelbar aus dem bestehenden peculium heraus geschehen ist; hier hat man angenommen, daß der Erwerb des servus auch ohne specielle Concession des dominus dem peculium zugehört[89]). Dasselbe aber wird regelmäßig gelten, wenn überhaupt ein servus mit einem peculium einen Erwerb macht, denn ist dem servus die freie Administration des peculii zugestanden, und gehört dazu unzweifelhaft auch die Vermehrung desselben, so kann in diesem Fall wohl regelmäßig jeder Erwerb des servus als ein nach dem Willen des dominus dem peculium zuzuschreibender angesehen werden, wenigstens wird das ganze Verhältniß und der Umfang der ertheilten Administrationsbefugniß leicht beurtheilen lassen, wie der dominus einen solchen Erwerb ansieht. Endlich aber kann ohne solche Administrationsbefugniß, ja auch ohne ein schon bestehendes durch Concession begründetes peculium der Erwerb des servus ein peculium bilden, wenn der dominus diesen bei dem servus läßt eben in der Absicht, daß derselbe peculium des servus sei.

L. 39. D. de pecul. (XV, 1). Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari, idque velut pro-

88) Vgl. L. 39. D. de pecul. (XV, 1.)
89) L. 1. §. 5. D. de a. v. a. p. (XLI, 2).

prium patrimonium servum suum habere quis voluerit. (Florent. lib. 11. Instit.)

Da aber die Kundgebung dieser Absicht nicht an eine bestimmte Form gebunden ist, so kann sie auch schon in dem stillschweigenden Gewährenlassen des servus, wenn dieser solchen Erwerb als peculium behandelt, gesehen werden.

Wenn nun aber der Erwerb des servus nach dem Willen des dominus dem peculium des Ersteren zugewiesen wird, so ist zu beachten, daß das Recht aus einem Erwerbsact selbstverständlich nicht das des servus sein kann, daß vielmehr nur das practische Resultat desselben Theil des peculium sein kann. Das wird ausdrücklich hervorgehoben bei dem Erwerb einer possessio ex causa peculiari durch den servus[90]), diesem steht die corporalis possessio zu, dem dominus ist damit die justa possessio erworben, ist also die possessio des servus eine injusta, so hat der dominus überall keinen Erwerb gemacht. Bei der possessio wird aber der peculiare Character derselben nur zu dem Zweck hervorgehoben, um die Entstehung derselben auch ohne Wissen des dominus zu erklären, einen materiellen Bestandtheil erhält das peculium dadurch nicht. Anders verhält es sich bei dem durch den servus gemachten Erwerb eines dinglichen Rechts; hier ist das Recht dem dominus erworben, allein der Gegenstand desselben ist Bestandtheil des peculium[91]), wie sich das namentlich bei Berechnung des peculii, wegen der Ansprüche Dritter an dasselbe, herausstellt. Ebenso steht es auch mit dem Erwerb aus Obligationen, das daraus erwachsende Recht, die actio, kann nicht Bestandtheil des peculii sein, da der servus wie ein Recht überhaupt nicht, so auch dieses nicht haben kann, allein wenn die von dem servus abgeschlossene obligatio mit dem Willen des dominus als obligatio des servus gilt, so ist damit nicht bloß das aus derselben auch ohne Geltendmachung des Rechts sich Ergebende dem servus, also als sein peculium, zugewiesen[92]), sondern es ist ihm damit

---

90) L. 24. L. 44. §. 1. D. eod.

91) Daher ist auch was der dominus erhält, si debitorem (servi) convenit L. 7. §. 6. D. de pecul. (XV, 1), zum peculium zu rechnen.

92) L. 7. §. 5. D. de pecul. (XV, 1.) Sed et si quid furti actione

auch die Befugniß zugesprochen, alles zu diesem Zweck Erforderliche, soweit das ohne ein Recht, eine actio möglich, giltig vorzunehmen. Dahin gehört zuerst die giltige Annahme einer von dem extraneus debitor freiwillig gemachten solutio, und folgeweise auch das außergerichtliche Exigiren der Schuld [93]), wodurch dann mit der ganzen obl. auch die actio des dominus aufgehoben wird. Durante servitute läßt sich die Giltigkeit dieser Zahlung auch abgesehen von dem Peculium darauf stützen, daß quasi domino solutum sei [94]), allein daß bei der Peculiarobligation dieser Grund nicht maßgebend ist, daß hier vielmehr die Zubehörigkeit zum peculium den servus zur Annahme der solutio und Liberirung des debitor befähigt, ergiebt sich daraus, daß auch wo dem dominus der Betrag des solutum nicht zukommt dieser solutio dieselbe Giltigkeit, derselbe Effect zugeschrieben wird. Auch dem verkauften und dem freigelassenen servus kann von dem Peculiarschuldner giltig gezahlt werden, falls nicht der dominus, dem die actio erworben ist, das Gegentheil verfügt hat.

> L. 35. D. de solut. (XLVI, 3) Quod servus ex peculio suo credidisset aut deposuisset, id ei, sive venisset, sive manumissus esset, recte solvi potest, nisi aliqua causa interciderit, ex qua intelligi possit, invito ejus, cujus tum is servus fuisset, ei solvi. Sed si quis dominicam pecuniam ab eo foeneratus esset, si permissu domini servus negotium dominicum gessisset, idem juris est: videtur enim voluntate domini, qui cum servo negotium contraheret, et ab eo accipere et ei solvere. (Alf. Var. lib.2. Dig. a Paulo epitomator.)

Wenn der servus dominica pecunia, d. h. Gelder, die nicht zu seinem peculium gehören, mit Bewilligung des dominus ausgeliehen hat, so enthält diese Bewilligung auch zugleich die Befähigung des servus zur Annahme der solutio, es ist mit

---

servo deberetur, vel alia actione, in peculium computabitur; hereditas quoque et legatum, ut Labeo ait. (Ulp. lib. 29 ad Ed.)

93) L. 19. D. de solut. (XLVI, 3).

94) S. oben Seite 274. Anm. 82.

Genehmigung des dominus diese obl., obgleich ihm daraus die actio zusteht, als obl. des servus anzusehen. Fehlt es aber an diesem permissus, so kann natürlich nicht das Gleiche angenommen werden, denn der Grund weßhalb auch dann durante servitute die Zahlung an den servus giltig ist, fällt nach der manumissio fort. Ist aber das Geschäft — Darlehn oder Depositum — auf Grund eines peculii abgeschlossen, durch eine Leistung e peculio begründet, so daß der daraus sich ergebende Anspruch als eine Rückgabe, Entschädigung u. s. w. für die Hingabe anzusehen, so liegt in der concessio peculii die Genehmigung des dominus, diese obl. als eine dem peculium angehörige anzusehen, die obl. gilt durch die concessio dem peculium zugleich mit als überwiesen und darum ist der servus im Stande die Zahlung anzunehmen und den debitor dadurch zu liberiren. Da aber das peculium dem dominus gegenüber nicht ein fremdes Vermögen ist, so steht ihm jeden Augenblick eine Rücknahme nicht nur des peculii, sondern auch dieser Obligation frei; sobald er seinen Willen erkennbar ändert in Bezug auf diese obl., ist dieselbe ausschließlich Obligation des dominus. Liegt aber in der Befugniß des servus die Zahlung anzunehmen auch die Berechtigung des extraneus, durch Zahlung an den servus sich zu liberiren von der obl. und somit von der actio des dominus, so muß die erwähnte Willensänderung des dominus dem debitor bekannt gemacht werden, um denselben lediglich dem dominus zu verpflichten. Dieses Requisit behandelt

L. 32. D. eod. Si servus peculiari nomine crediderit, eique debitor, cum ignoraret dominum mortuum esse, ante aditam hereditatem solverit, liberabitur. Idem juris esse, et si manumisso servo debitor pecuniam solverit, cum ignoraret ei peculium concessum non esse. Neque intererit vivo an mortuo domino pecunia numerata sit, nam hoc quoque casu debitor liberatur, sicut is, qui jussus est a creditore pecuniam Titio solvere, quamvis creditor mortuus fuerit, nihilominus Titio solvit, si modo ignoraverit, creditorem mortuum esse. (Julian. lib. 13. Dig.)

Die Stelle führt hauptsächlich den Satz aus, daß auch nach dem Tode des dominus dem servus eine Schuld ex causa peculiari giltig gezahlt werden könne, und belegt denselben damit, daß wenn der Gläubiger dem Schuldner aufgegeben hat, einem Anderen die Zahlung zu machen, diese auch nach dem Tode des Gläubigers, also nach Erlöschen des Auftrags, giltig ist und den Schuldner liberirt, sobald dieser nur den Tod des Gläubigers nicht gekannt hat. Dem ignorare dominum mortuum esse wird nun das ignorare peculium concessum non esse bei der Zahlung an den manumissus gleichgestellt, also die Giltigkeit der solutio auf die concessio peculii gestützt, und weil diese nicht schon durch die manumissio selbst zurückgenommen ist, sondern im Gegentheil regelmäßig trotz der manumissio fortdauert, so ist die Zahlung auch nach der Entziehung der peculii giltig, bis dem debitor dieselbe bekannt geworden.

Daß hier aber nur der Wille des dominus in der concessio peculii maßgebend ist, und daher der servus und der manumissus einander gleichstehen, sagt u. A.

> L. 18. D. eod. Si quis servo pecuniis exigendis praeposito solvisset post manumissionem: si quidem ex contractu domini, sufficiet, quod ignoraverit manumissum. Quod si ex causa peculiari, quamvis scierit manumissum [95], si tamen ignoraverit ademtum ei peculium, liberatus erit. Utroque autem casu manumissus, si intervertendi causa id fecerit, furtum domino facit. Nam et si debitori meo mandavero, ut Titio pecuniam solveret, deinde Titium vetuero accipere, idque ignorans debitor Titio simulanti se procuratorem solverit, et debitor liberabitur et Titius actione tenebitur. (Ulp. lib. 41. ad Sab.)

Die Vollmacht des dominus an den servus die Forderun-

---

95) Hier ist ausdrücklich gesagt, daß der Zahlende von der geschehenen manumissio gewußt habe, und man darf daher nicht diese, und die übrigen schon angeführten Stellen: L. 32. 35. eod. mit v. Savigny (a. a. O. S. 423. Note 2.) von einer Zahlung an den manumissus, den man noch für einen servus gehalten, verstehen.

gen des dominus aus dessen eigenen Geschäften einzucassiren, gilt freilich nur für die Zeit der servitus, die Zahlung an den manumissus liberirt den Schuldner also nur wegen seiner Unkenntniß der manumissio, gehört aber die Forderung zu dem peculium, so zahlt der Schuldner giltig stets an den Inhaber des peculii, also auch an den manumissus, selbst wenn er weiß, daß die manumissio geschehen ist, da auch der manumissus noch das peculium haben kann, sogar regelmäßig hat, falls ihm dasselbe nicht bei der manumissio vom dominus genommen ist [96]). Auch hier tritt dann aber selbst nach geschehener ademtio peculii, wenn diese dem debitor unbekannt ist, wegen dieser Unbekanntschaft dieselbe Folge ein, und zwar ist die Zahlung so sehr solutio debiti, daß in beiden Fällen, falls der Empfänger intervertendi causa die Zahlung angenommen, der debitor dennoch liberirt ist und der Empfänger dem gewesenen dominus wegen des furtum haftet.

Darum ist denn auch der Schlußsatz der L. 14. cit. nicht, wie v. Savigny [97]) will, durch Hinzudenken eines „meo" hinter servo allein auf „Forderungen der Sclaven an den eigenen Herrn, nicht an andere Personen" zu beziehen, und eben so wenig ist das: „obligant" der L. cit. in diesem selben beschränkten Sinn zu nehmen, sondern ebenso weit wie das unmittelbar vorhergehende „obligantur" von allen Obligationen der servi aus Rechtsgeschäften mit extraneis oder mit dem dominus zu verstehen. Allerdings setzt die Entscheidung des Schlußsatzes voraus, daß das Darlehn vom servus entweder mit Genehmigung des dominus aus der res dominica oder aus dem peculium gegeben ist unter Umständen, wo ein solches Geschäft als negotium peculiare erschien, allein diese, namentlich die letztere Voraussetzung entspricht so sehr dem regelmäßigen Stand der Dinge, daß es nicht auffallen kann, wenn dieser hier stillschweigend angenommen und darum ganz allgemein unbeschränkt die Giltigkeit der Zahlung an den manumissus anerkannt wird, ohne daß zugleich der ganz abnorme Fall erwähnt ist, daß der

---

96) Vgl. Zimmern, Rechtsgesch. I. §. 183. (S. 673.) §. 186. (S. 683.)
97) A. a. O. S. 423. Anm. e.

servus gegen den Willen des dominus aus dessen Casse ein Darlehn gegeben hat, für welchen Fall dann freilich die erwähnte Entscheidung nicht zutreffen würde.

Durch das Vorstehende ist dann aber auch zugleich der ganze Satz v. Savigny's [98]), daß aus Obligationen, wie hier in Rede stehen, neben der actio des dominus nicht noch eine nat. obl. entsteht, widerlegt. Wenn v. Savigny diesen Satz so faßt, daß eine Forderung des servus nicht möglich sei, so ist das freilich ganz richtig, aber damit ist noch Nichts entschieden über die nat. obl., sonst müßte consequentermaßen auch die nat. obl. aus einem Geschäft, durch welches der dominus des eigenen servus Schuldner wird, geleugnet werden, was doch auch v. Savigny selbst nicht thut. Wenn endlich derselbe Schriftsteller für seine Behauptung einen Ausdruck in der L. 7. §. 18. D. de pactis (II, 14) zu finden meint, so ist dagegen zu bemerken, daß in dieser Stelle gar nicht von einer Obligation, sondern von einem pactum zur Aufhebung derselben die Rede ist, und daß ein solches pactum jedenfalls keine nat. obl. begründet [99]).

So bleibt denn trotz der dem dominus erworbenen actio aus dem Obligationsact, wodurch sich ein Dritter als Schuldner des servus hinstellt für diesen selbst, völlig dem Inhalt des Obligationsacts gemäß eine naturalis obligatio, welche sich rechtlich bethätigt durch die Möglichkeit einer solutio an den servus, und zwar nicht bloß darum, weil dadurch das solutum an den dominus kommt — denn dann wäre die solutio Tilgung der actio und die nat. obl. ginge in der civilis auf — sondern weil der Wille des dominus entsprechend der Intention der Parteien den Obligationsact auch rechtlich als eine causa solvendi an den servus auffaßt. Der dominus behält dabei freilich immer noch die von selbst ihm entstehende actio und kann daher jeden Augenblick die obligatio als seine eigene geltend machen, die nat. obl., deren Existenz nur auf seiner Genehmigung ruht, vernichten, allein er ist darin nach zwei Sei-

---

98) A. a. O. S. 419.

99) Vgl. auch Kuntze, a. a. O. S. 296. Anm. 5.

ten hin beschränkt. Hat er durch seine Einwilligung die vom servus erworbene obligatio dessen schon vorhandenem peculium zugewiesen, oder auch eben durch diese Genehmigung für den servus ein peculium begründet, so ist er, weil das peculium Dritten für die Schulden des servus verhaftet ist, allerdings nicht verhindert die actio aufzuheben, allein der Ertrag derselben ist bei Berechnung des peculii als Bestandtheil desselben ebenso anzusehen, als wäre ohne die actio dem servus selbst freiwillig Zahlung geleistet. Hat ferner der dominus bei dem Verkauf des servus das peculium mit übertragen, oder bei der manumissio dem servus das peculium gelassen, so ist die actio auf den neuen dominus oder den manumissus allerdings nicht von selbst übergegangen, vielmehr bedarf es dazu stets der Cession [100]), allein wenn diese Cession nicht erfolgt ist, so ist die actio des gewesenen dominus erloschen und die obl. besteht nunmehr rein als naturalis. Zeugnisse für diesen Wegfall der actio haben wir nicht, und er mag meistens durch Cession derselben oder Rückbehaltung der obligatio Seitens des dominus vermieden sein, allein daß er, wo nicht solche Vorsorge getroffen die nothwendige Folge der venditio oder manumissio ist, ergiebt sich schon daraus, daß der dominus nicht zugleich den Willen haben kann, daß an den nunmehr ihm Fremden gezahlt werde, und daß zugleich ihm die actio zustehe. Jener Wille schließt ein Aufgeben der actio in sich, wenn sie nicht zugleich mit übertragen wird.

Es fragt sich aber weiter, ob diese nat. obl. des servus sich auch noch anderweit rechtlich bethätigen kann. Gehen wir davon aus, daß die Obligation nach dem Willen des dominus zu dem peculium des servus gehört resp. selbst dieses peculium bildet, so müssen wir auch Verbürgungen und Pfandbestellungen für eine solche obligatio, aus welchen für den dominus eine actio entsteht, ebenso zu dem peculium rechnen, als eine Verbürgung u. s. w. für den servus ansehen, wie die

---

100) L. 53. D. de pecul. (XV, 1). Si Sticho peculium cum manumitteretur, ademtum non est, videtur concessum: debitores autem convenire, nisi mandatis sibi actionibus, non potest. (Paul. lib. 11. Quaest.)

Hauptobligation selbst, so daß also nach der manumissio z. B. der Bürge durch Zahlung an den manumissus selbst sich liberirt. Was die Compensation betrifft, so ist auch diese als freiwillige zwischen dem servus und dem extraneus so weit gestattet, als der dominus gegen seine actio sich eine Compensation Seitens des extraneus mußte gefallen lassen, nämlich wegen aller Contractschulden des servus bis zum Belauf des peculii. Alle übrigen Manifestationen der Obligation, Novation [101]), Constitutum, soweit darin mehr als eine einfache Anerkennung enthalten, sowie endlich alle die die obl. ohne Zahlung aufhebenden Acte stehen dem servus nur in Folge besonderer Erlaubniß resp. Genehmigung wirksam zu, einer Genehmigung, die entweder für den einzelnen Fall speciell gegeben oder auch in der Ertheilung der libera administratio peculii enthalten sein kann, bei welcher letzteren zu beachten, daß sie in verschiedenem Umfange dem servus gegeben sein kann.

Nach geschehener manumissio bleibt die obligatio mit dem was durante servitute für dieselbe geschehen, giltig fortbestehen, klagbar wird sie nur in Folge einer Cession der actio an den manumissus, indessen ist die Klaglosigkeit der obl. dann nur noch einfach die Folge der Nichtbegründung der actio innerhalb der servitus, im Uebrigen steht aber aus der Person des manumissus der völligen Entwicklung der obl. kein Hinderniß mehr entgegen, und es kann daher diese obl. des manumissus nach allen Seiten hin — abgesehen von dem Mangel der actio — sich bethätigen, durch vollgiltige Bürgschaft und Pfand, durch Constitutum und Novation, und gleichmäßig durch Compensation.

Wenden wir uns nun zu dem Fall, wo der dominus selbst durch ein obligatorisches Rechtsgeschäft mit dem servus sich als dessen Schuldner hingestellt hat. Auch hier entsteht eine nat. obl. zwischen dominus und servus, wie gegenüber dem extra-

101) L. 16. D. de novat. (XLVI, 2). s. oben Seite 263. Anm. 50.

neus, und ebenso wie in jenem Fall erhält auch diese nat. obl. zwischen dominus und servus erst durch den Willen des dominus Raum zu einer rechtlichen Bethätigung. Mußte aber in dem vorher besprochenen Fall dieser Raum der aus dem betreffenden Geschäfte entstehenden klagbaren Obligation gleichsam abgewonnen werden, so fehlt es, wo der dominus selbst in der gedachten Weise mit dem eigenen servus contrahirt hat, darum an Raum selbst für die nat. obl., weil die rechtliche Stellung des dominus zum servus jede Bethätigung der in dem Obligationsact enthaltenen causa solvendi unmöglich macht. So ist namentlich die Möglichkeit einer solutio hier ausgeschlossen, weil, wenn der debitor zahlen wollte, er an sich selbst zahlen würde, und weil die Zahlung Seitens eines Dritten ebenfalls nothwendig eine Leistung an den debitor wäre, also jedenfalls keine solutio. Ebenso wenig kann für eine solche obligatio eine Intercession vorgenommen werden, weil man nicht pro eodem et eidem obligatus esse potest [102]), und weil eine Pfandbestellung für den Gläubiger nicht dem Schuldner geschehen kann. Daß aber ebenso wenig der dominus selbst dem servus ein Pfandrecht bestellen kann, versteht sich von selbst, und zur Vornahme einer Novation oder eines Constitutum fehlt jede Veranlassung, weil mit der Zahlungsmöglichkeit eine jede, auch die indirecteste Zahlungsverbindlichkeit verschwunden ist.

Allein, wenn der dominus mit seinem eigenen servus obligatorische Rechtsgeschäfte abschließt, so ist es doch jedenfalls die Absicht, der Wille des dominus, soweit als das Rechtsverhältniß zu dem servus es gestattet, darin eine rechtswirksame causa solvendi zu sehen und demgemäß vorzugehen. Eine Möglichkeit für solche Auffassung ist nun wiederum gegeben durch das peculium. Hat der servus ein peculium, so gehört das, was der dominus durch Rechtsgeschäft ihm schuldig geworden, zum peculium.

---

102) L. 56. §. 1. D. de fidej. (XLVI, 1) Item si filius a patre, vel servus a domino stipuletur, nec fidejussor acceptus tenetur, quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus. (Paul. lib. 15. Quaest.) — L. 71. pr. eod.

L. 7. §. 6. D. de pecul. (XV, 1) Sed et id quod dominus sibi debet, in peculium habebit, si forte in domini rationem impendit, et dominus ei debitor manere voluit. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

Das peculium ist aber dem dominus gegenüber kein fremdes, die Zubehörigkeit zum peculium läßt das debitum doch noch als ein sibi debere erscheinen, und so ruht denn auch die Forterxistenz der Schuld als eine peculiare auf dem fortdauernden Willen des dominus, sich auf Grund des vorgekommenen Rechtsgeschäfts als debitor des servus anzusehen.

Soweit aber Dritten gegenüber das peculium verhaftet ist, genügt es, daß das debitum überhaupt einmal als ein peculiares vom dominus begründet ist, um dasselbe zu einem wirklich bindenden, von der ferneren Willensänderung des dominus unabhängigen zu machen. Denn wenn Dritten gegenüber der Bestand des peculii berechnet wird, so muß der Betrag des debiti domini, auch wenn er noch nicht wirklich geleistet worden, mit zu dem peculium gezogen werden, und es entsteht dann durch solche Zurechnung in dem Falle, wo der übrige Inhalt des peculii nicht ausreicht zur Befriedigung der Peculiargläubiger, für den dominus eine Nöthigung zur solutio seiner Schuld. Bei dieser Stellung der obl. zum peculium muß man dann aber auch die Zulässigkeit der Compensation anerkennen, denn da der dominus das, was ihm vom servus geschuldet wird, Dritten gegenüber vom peculium abziehen kann, so liegt in der Aufrechnung desselben gegen das von ihm dem servus Geschuldete keine Verletzung der Peculiargläubiger.

Ebenso wird die Schuld des dominus eine von seinem Belieben unabhängige, sobald der servus cui debetur in das dominium eines Anderen übergegangen oder manumittirt ist, ohne daß der dominus das peculium zurückbehalten hat, denn dann ist mit dem peculium auch die obligatio auf den neuen dominus resp. den manumissus übergegangen, und wenngleich der dominus debitor wegen des Mangels der actio nicht zur Zahlung gezwungen werden kann, so hängt die Existenz der obl. doch nicht mehr davon ab, ob dominus debitor manere vult, sondern es liegt dann, da der gewesene dominus dem servus wie ein extraneus gegenübersteht, ganz das gleiche Verhältniß

vor, wie wenn die obligatio mit einem extraneus contrahirt wäre.

Nicht aber bloß bei schon vorhandenem peculium ist die obl. des dominus mit dem servus so zu behandeln, sondern auch ohne ein solches, da in der Contrahirung einer derartigen Obligation Seitens des dominus stets die Begründung eines peculii, wenn ein solches noch nicht bestand, gesehen werden muß. Schon in dem vorher erwähnten Fall, daß der servus mit einem extraneus dermaßen contrahirt, daß dieser debitor wird, liegt in der Erlaubniß des dominus an den servus, der noch kein peculium hat, eine solche obl. zu contrahiren, wohl regelmäßig eine concessio peculii, allein es ist dieses nicht gerade nothwendig immer der Fall, wenn dagegen der dominus selbst mit dem servus contrahirt, so kann dieses Geschäft nicht wohl einen anderen Sinn und Zweck haben als den, dem servus eine Leistung zu machen und das Object derselben getrennt a rationibus dominicis ihm zuzuweisen. Wie aber der Betrag der erfüllten Obligation unzweifelhaft peculium sein würde, so muß denn auch ausnahmslos Alles quod dominus servo debet gleichfalls zum peculium gerechnet werden [103]). Vor der solutio hat freilich der servus nicht ein separatum a rationibus dominicis, allein es besteht doch ein Verhältniß zwischen dem dominus und dem servus, welches nach dem Willen des Ersteren bereits die Aussicht für die Vermehrung des peculii eröffnet hatte, und diese kann, wenn und sobald das peculium wegen Ansprüche Dritter dem freien Belieben des dominus entzogen ist, bei der Realisation des peculii nicht beliebig getäuscht werden.

So ist denn an den manumissus und an den venditus eine giltige solutio möglich [104]), und im ersteren Fall d. h. nach geschehener manumissio dessen cui debetur, kann die nat. obl.

---

103) Eine Anwendung dieses Satzes enthält L. 3. §. 2. D. de statuliberis (XL, 7). Nach dem vorhergehenden §. 1. kann der statuliber die ihm aufgelegte Zahlung nummos peculiares dando machen, dann aber auch durch Abrechnen dessen, was ihm vom dominus geschuldet wird.

104) L. 64. D. de cond. ind. S. oben Seite 121.

sich in jeder Beziehung und in jeder Weise bethätigen, welche überhaupt bei einer nat. obl. möglich ist, die rechtliche Bedeutung der obl. nach geschehener venditio des servus ist aber dieselbe wie die einer mit einem fremden servus contrahirten, nur ohne eine actio des neuen dominus [105]). Durante servitute ist dagegen die Möglichkeit der Bethätigung der obl. darauf beschränkt, daß die Contrahenten mit einander alle die Obligation aufhebenden und modificirenden Geschäfte abschließen können, auch dieselbe durch Compensation tilgen können, und daß diese Geschäfte bei der Berechnung des peculii Ansprüchen Dritter gegenüber soweit als giltig betrachtet werden müssen, als sie sich als peculiare Geschäfte des servus und nicht als willkührliche Maßnahmen des dominus darstellen. Ohne diese Haftung für das peculium, oder falls das peculium auch ohnedies für die Gläubiger ausreicht, ist durante servitute die obl. und somit auch der rechtliche Bestand der in Bezug auf dieselbe geschlossenen Geschäfte von dem fortdauernden Willen des dominus abhängig, dieser allein ist im Stande der vorhandenen causa solvendi irgend welche rechtliche Bedeutung zu gewähren.

Bisher ist immer nur von den Obligationen eines servus alicujus domini die Rede gewesen; wie sich dieselben bei einem servus sine domino gestalten, ergiebt sich nach dem Vorstehenden von selbst. Aus Delicten kommt hier überhaupt keine obligatio zu Stande, denn Delicte gegen den servus sine domino erscheinen nicht als privatrechtliche Verletzungen, und Delicte solcher servi rechtfertigen ohne Weiteres ein statuere in servum oder eine peinliche Anklage. Bei Rechtsgeschäften liegt aber hier eben so gut eine causa solvendi vor, wie wenn der contrahirende servus einen dominus hat, was indessen die rechtliche Bethätigung derselben betrifft, so fallen hier die Einflüsse des dominii weg. Bei der Schuld des servus sine domino

105) Nämlich weil eine actio bei der Begründung der obl. nicht entstanden. Jede nach der venditio von dem debitor vorgenommene fidejussio, Pfandbestellung, Novation u. s. w. begründet aber eine actio für den neuen dominus des servus cui debetur.

kann die nat. obl. sich nur in der Haftung etwaiger Intercedenten zeigen, oder Dritter Zahlender, wogegen die Zahlung Seitens des debitor selbst unmöglich ist, auch ebenso eine Haftung desselben, wie sie das Verhältniß zum dominus mit sich bringt, ausgeschlossen wird. Bei der Schuld an den servus, die hier immer als Schuld eben an diesen erscheint, und wo eine Concurrenz mit einer civilis obligatio nicht vorkommt, ist aber auch die Intercession unmöglich und ebenso die Zahlung an den servus, welcher überall keinen Erwerb, auch nicht für einen Anderen machen kann, und so bleibt dann, da die servitus sine domino auch nicht auf die sonst für die servitus geordnete Art aufhören kann, die rechtliche Bedeutung einer mit einem solchen servus geschlossenen Obligation nur auf den Fall beschränkt, daß ausnahmsweise der servus unter die Freien versetzt und dann nachträglich die vorhandene causa solvendi thatsächlich als solche anerkannt wird.

Ferner ist bisher immer nur des Falls erwähnt, daß der servus mit einem Freien contrahirt habe, es können aber auch, da für keine der beiden Seiten der Obligation die servitus ausschließendes Hinderniß ist, zwei servi mit einander Obligationen contrahiren. Bei Delicten entsteht dann eine civile Obligation für den dominus des verletzten servus, wenn beide servi verschiedenen dominis angehören, während im entgegengesetzten Fall keine obl. entstehen kann. Sind ferner Rechtsgeschäfte zwischen zwei servi verschiedener domini abgeschlossen, so macht die Anwendung der oben aufgestellten Rechtsregeln keine Schwierigkeit; die obl. ist — für den cui debetur unter den erforderlichen Voraussetzungen — die des servus, eine Zahlung ist nun nur an den servus möglich, der dominus des debitor haftet auch de peculio der actio des dominus des anderen Contrahenten, Intercession, Compensation u. s. w. sind unter denselben Bedingungen, wie sie vorhin bezeichnet worden, möglich und wirksam, die manumissio stellt dann endlich die obl. in ihrer vollen rechtlichen Bedeutung mit dem einzigen Mangel der actio her. Sind dagegen die contrahirenden servi ein und demselben dominus unterworfen, so zeigt sich, so lange dieses Verhältniß bestehen bleibt, die rechtliche Bedeutung der obl. nur dann, wenn der dominus wegen Eines der beiden

Contrahenten de peculio belangt wird, da bei der Berechnung des peculii der Betrag der mit dem anderen servus contrahirten Obligation abgezogen resp. hinzugerechnet werden muß. Wird aber Einer von beiden servis verkauft, so stellt sich das Verhältniß so, wie wenn gleich Anfangs die contrahirenden servi verschiedenen Herren gehört hätten, wird Einer manumittirt, so erscheint die obl. als wäre sie von einem servus mit einem Freien abgeschlossen, werden beide Contrahenten manumittirt, so bleibt die obl. allerdings ohne actio, wird aber einer jeden Art von rechtlicher Bethätigung fähig, soweit natürlich nicht durch eine ademtio peculii das quod servo debetur sich nur als dem dominus geschuldet und zwar auch klaglos geschuldet darstellt.

Während nun aber, wie aus dem Vorstehenden ersichtlich, die Römer den servis ganz allgemein die Fähigkeit zugesprochen haben, durch Rechtsgeschäfte[106]) Obligationen — wenn auch mit geringerer und den Umständen nach verschiedener Rechtswirkung — zu begründen, und wenn ferner die verschiedenartigsten obligatorischen Rechtsgeschäfte, Contracte und Quasicontracte, als von servis geschlossen bezeugt werden, so erscheint es auffallend, daß einige bestimmte Rechtsgeschäfte, die sonst Obligationen erzeugen, wenn von servis vorgenommen, nicht als causae für eine nat. obl. gelten sollen. Diese Fälle sind folgende:

Ein servus, obgleich er rechtsgiltig promittiren kann, kann dennoch eine fidejussio giltig übernehmen nur ex causa peculiari oder mit Bewilligung des dominus [107]). Jede andere fidejussio des servus ist nichtig.

> L. 19. D. de fidej. (XLVI, 1) Servus inscio domino pro quodam fidejusserat, et eo nomine pecuniam solverat. Quaerebatur dominus, possetne ab eo, cui soluta esset, repetere? Respondet: interest quo no-

---

106) S. g. Zustandsobligationen, welche man wohl noch neben den Delicts- und Geschäftsobligationen aufzustellen pflegt, können beim servus nicht vorkommen, sie gehen vielmehr stets unmittelbar auf den dominus.

107) Vgl. Zimmern, RG. I. §. 192. (S. 708 f.)

mine fidejusserit. Nam si ex causa peculiari fidejussit, tunc id, quod ex peculio solverit, repetere dominus non poterit; quod ex dominica causa solverit, vindicabitur: si vero extra causam peculii fidejusserit, quod ex pecunia dominica solverit, aeque vindicabitur; quod ex peculio, condici poterit. (Julian. lib. 4. ex Mucio.)

L. 20. eod. Sed et si servi dominus pecuniam solverit, repetere eam non ab eo pro quo fidejussit, sed ab eo, cui numeravit, poterit, cum servus fidejussionis nomine obligari non possit. Sequitur ergo, ut ab eo, pro quo fidejusserat, repeti non posset, cum ipse aere alieno obligatus sit, nec solutione liberari ejus pecuniae nomine potuerat, cujus obligatio ad servum non pertinuit. (Javol. lib. 13. Epistol.)

Daß eine mit Wissen d. h. mit Bewilligung des dominus vom servus übernommene fidejussio unter allen Umständen giltig und die in Folge davon durch den servus oder den dominus ex peculio oder ex re dominica gemachte solutio unanfechtbar ist, leidet keinen Zweifel. Hat aber der servus sich inscio domino verbürgt, so soll unterschieden werden, ob die fidejussio ex causa peculiari geschehen sei oder nicht, im ersteren Fall ist sie giltig und daher kann das vom servus ex peculio Gezahlte vom dominus nicht repetirt werden, es ist debitum solutum. Dagegen steht dem dominus unbeschadet dieser Giltigkeit die Vindicatio zu, wenn und soweit der servus mit pecunia dominica gezahlt hat, da der dominus nur bis zum Belauf des peculii haftet. Ist aber die fidejussio nicht ex causa peculiari übernommen, so ist sie nichtig, es entsteht daraus keine obligatio, und darum kann nicht nur das vom servus ex pecunia domini, sondern auch das ex peculio Gezahlte vom dominus vindicirt resp. repetirt werden, denn beim Mangel einer nat. obl. des servus ist auch der dominus nicht de peculio verhaftet [108]. In anderen Stellen wird nicht aus-

108) Vgl. L. 59. D. de cond. ind. (XII, 6). L. 28. D. mandati (XVII, 1).

drücklich die Nichtigkeit solcher fidejussio ausgesprochen, wohl aber die Zulässigkeit der actio de peculio verneint und zugleich bemerkt, daß darin das Recht des filiusfamilias ein anderes sei, indem für die fidejussio des Letzteren der pater stets de peculio obligirt werde.

Gleicher Weise wird der von einem servus in Form einer expromissio ausgehenden Intercession jede rechtliche Bedeutung abgesprochen

> §. 3. J. Quib. mod. obl. toll. (III, 29) — — non idem juris est, si a servo quis stipulatus fuerit [109]: nam tunc prior obligatio manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset.

Wäre der servus durch die expromissio auch nur naturaliter obligirt, so müßte die prior obligatio aufgehoben sein, da eine novandi animo abgeschlossene Naturalobligation diese Wirkung gleich der civilen hat [110]. So allgemein aber auch die Institutionen solche Stipulation des servus für nichtig erklären, so ergiebt sich doch nach einer anderen Stelle [111]) auch hier die

---

109) scil. quod alius debet.

110) L. 1. §. 1. D. de novat. (XLVI, 2).

111) L. 30. §. 1. D. de pactis (II, 14.) Qui pecuniam a servo stipulatus est, quam sibi Titius debebat, si a Titio petat, an exceptione pacti conventi summoveri et possit et debeat, quia pactus videatur, ne a Titio petat, quaesitum est. Julianus ita summovendum putat, si stipulatori in dominum istius servi de peculio actio danda est, id est, si justam causam intercedendi servus habuit. Quod si quasi fidejussor intervenit, ex qua causa in peculium actio non daretur, non esse inhibendum creditorem, quo minus a Titio petat. Aeque nullo modo prohiberi eum debere, si eum servum liberum esse credidisset (Gai. lib. 1. ad Ed. prov.). — Wenn der dominus aus der promissio servi de peculio verhaftet sein soll, falls die promissio der fremden Schuld ex justa causa geschehen, so muß in solchem Fall der servus selbst naturaliter obligirt sein. — Die schon in der Glosse aufgeworfene Frage, warum denn hier zu der Aufhebung der prior obl. eine exceptio erforderlich sei, beantwortet sich, wenn man annimmt, daß der Jurist von der Ungiltigkeit einer expromissio des servus ausging und nun die Frage aufwarf, ob denn in einer solchen expromissio nicht jedenfalls ein pactum de non petendo Seitens des Gläubigers enthalten sei.

Nothwendigkeit der Unterscheidung zwischen einer expromissio ex peculiari causa und einer solchen extra causam peculii. Gaius macht die Aufhebung der prior obligatio davon abhängig, ob der dominus des expromittirenden servus de peculio verhaftet sei oder nicht, diese Haftung wird da angenommen, wo der servus eine justa causa zur expromissio hatte, geleugnet, aber, wo der servus »quasi fidejussor intervenit«. Die Institutionenstelle ist daher auf eine solche stipulatio des servus ohne justa causa zu beschränken.

Es fragt sich nun aber, warum denn die Giltigkeit einer Intercession Seitens des servus von dem Zusammenhang derselben mit einem peculium abhängig gemacht ist, während sonst die Existenz eines peculii wohl von Einfluß ist auf den Umfang der rechtlichen Bethätigung der obl. des servus, nicht aber die Voraussetzung für die obl. selbst.

Die Erklärung, welche Theophilus [112]) giebt, liefert nur den Beweis, daß er den Grund für die verschiedene Behandlung des servus und des pupillus in der Institutionenstelle nicht kennt, denn er urgirt nur, daß zur Novation eine nova persona gehöre, die der servus nicht habe, erklärt aber nicht, warum denn gerade hier dem gewöhnlichen Sprachgebrauch der Quellen entgegen [113]) die servi nicht mit unter die personae gerechnet sein sollen. Cujacius [114]) stellt diese Ungiltigkeit der Intercession des servus mit noch drei anderen Fällen zusammen, in welchen gegen den dominus keine actio de peculio gegeben wird, nämlich dem Compromiß des servus, der richterlichen Verurtheilung desselben [115]) und endlich der vom Gegner

---

112) ad §. 3. J. cit. (nach Reitz Uebersetzung) Nec quisquam dicat, servum naturaliter promittentem obligari, itaque et dati ab eo fidejussores tam natura quam lege tenentur; atqui naturalis obligatio novationem facere potest. Sed ad hoc dicere nos oportet, novationem fieri non tantum eo quod naturalis extitit obligatio, sed et eo quod persona subest, at in legibus servus non est persona.

113) S. oben Seite 245. Anm. 2.

114) Observationes, lib. VIII. cap. 11.

115) L. 3. §. 8. D. de pecul. (XV, 1) Si servus cum se pro libero gereret, compromiserit, quaeritur an de peculio actio ex

acceptirten Eidesdelation Seitens des servus [116]). Es sei hier ein Streit zwischen den Juristenschulen gewesen, die Sabinianer hätten zwischen dem filius und dem servus einen Unterschied gemacht, und während sie für jenen die Regel anerkannt, daß gegen den pater wegen aller Geschäftsschulden des filius die actio de peculio begründet sei, hätten sie in Bezug auf den servus die erwähnten Ausnahmen gemacht, die Meinung der Sabinianer habe den Sieg davon getragen, man habe in den genannten vier Fällen keine nat. obl. anerkannt und folgeweise keine actio de peculio gegeben; „nam nec civili nec naturali jure servum idoneum intercessorem, idoneum compromissorem, idoneum litigatorem, idoneamve in judicio personam esse censuerunt“ [117]). Damit ist dann aber auch eine Erklärung dieser besonderen Behandlung des servus nicht eigentlich gegeben, denn ist nicht z. B. der pupillus, welcher ohne Zuziehung des tutor eine fidejussio übernommen hat, ebenso wenig ein idoneus intercessor? und müßte nicht, wenn man die Idoneität zum Maßstab nehmen wollte, in vielerlei Verhältnissen die obl. geleugnet werden, wo sie unzweifelhaft existirt?

Die erwähnte Differenz unter den Römischen Juristen dreht sich um die Frage, ob aus den eben genannten Gründen eine actio de peculio hervorgehe, und diese Streitfrage zeigt schon, daß man über die objective Existenz einer causa solvendi einig gewesen sein muß, nur wird dieselbe wegen der besonderen rechtlichen Stellung des servus sich nicht von allen Gesichtspunkten aus als rechtsgiltige causa dargestellt haben. Bei der

---

poena compromissi, quasi ex negotio gesto, danda est, sicut trajectitiae pecuniae datur. Sed hoc et Nervae filio et mihi videtur verius, ex compromisso servi non dandam de peculio actionem, quia nec, si judicio condemnetur servus, datur in eum actio. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

116) L. 5. §. 2. D. de pecul. (XV, 1) Si filiusfamilias jusjurandum detulerit et juratum sit, de peculio danda est actio, quasi contractum sit. Sed in servo diversum est. (Ulp. lib. 29. ad Ed.). — L. 22. D. de jurejur. (XII, 2.) Quidam et de peculio actionem dandam in dominum si actori detulerit jusjurandum. Eadem de filiofamilias dicenda sunt. (Paul. lib. 18. ad Ed.)

117) Cujacius, l. l.

condemnatio servi konnte man als Grund der obligatio das von dem servus ausgegangene judicio contrahere ansehen und dasselbe dem stipulatione contrahere gleichachten, den servus also naturaliter für obligirt und den dominus für de peculio verhaftet halten, zugleich aber mußte man anerkennen, daß der servus wegen seiner Unfähigkeit zu einem judicium doch eigentlich nicht judicio contrahirte, der Act mithin rechtlich ungiltig war, und diese letztere Meinung überwog schließlich. Bei dem filiusfamilias dagegen war das judicium ein rechtlich giltiges, und daher konnte hier kein Bedenken gegen die Annahme einer obl. und einer Haftung des pater de peculio aufkommen, ja es bedurfte hier, weil der filius sich dem rechtmäßigen judicium nicht entziehen konnte, nicht einmal der Berufung auf den Ursprung der Judicatsobligation in dem judicio contrahere 118). Eben so erklärt sich die Ungiltigkeit eines Compromisses des servus; hier wird ausdrücklich hervorgehoben 119), ob dieses nicht giltig, also obligirend sein müsse, wie ein negotium gestum, und die entgegengesetzte Entscheidung wird durch Hinweis auf die Nichthaftung des servus resp. des dominus aus der Condemnation des Ersteren gerechtfertigt. Das Compromiß ist ein Vertrag, zugleich aber ein Surrogat für das judicio contrahere, welches dem servus nicht zustand. Dasselbe gilt von der delatio jurisjurandi.

Erklärt es sich auf diese Weise, warum in den genannten drei Fällen die Annahme einer nat. obl. des servus streitig sein konnte, so paßt doch dieser Grund nicht auf die Ausschließung der obl. bei der Intercession des servus. Hier ist vielmehr auszugehen von dem Grund für die Haftung des dominus de peculio, diese ist die concessio peculii und die darin liegende Genehmigung aller Vermögenshandlungen, welche sich aus dem peculium ergeben. Hat namentlich der dominus dem servus die freie Administration des peculii zugestanden, so liegt darin eigentlich eine Anerkennung aller vermögensrechtlich relevanten Handlungen des servus, nur müssen diese in irgend welcher Beziehung zum peculium stehen, sich irgendwie als Ab-

118) L. 3. §. 11. D. de pecul. (XV, 1.)
119) L. 3. §. 8. eod. S. oben Anm. 115.

ministration desselben auffassen lassen. Zu solchen Handlungen können nun unter Umständen auch fidejussiones und expromissiones gerechnet werden, wenn sie nämlich in irgend welcher Beziehung stehen mit dem peculium, ex causa peculiari sind, justam caussam habent, entbehren sie aber eines solchen Grundes, so kann die in der concessio peculii enthaltene Genehmigung des dominus nicht mehr auf sie bezogen werden, und der dominus haftet für dieselben ebenso wenig wie für ein Schenkungsversprechen des servus. Erwägt man nun aber, daß eine fidejussio servi wohl überhaupt nur unter Bezugnahme auf das peculium desselben angenommen wurde, da es dem Gläubiger bei Annahme des fidejussor doch nicht sowohl darauf ankam noch einen debitor zu haben als vielmehr eine materielle Garantie für die Zahlung zu erhalten, so erscheint es als ein leichter Schritt, daß man in solchem Falle jede rechtliche Bedeutung der überhaupt im Recht mehrfach beschränkten fidejussio und allgemein intercessio absprach. Dabei ist zu beachten, daß die Leugnung des obligari ex fidejussione in L. 20. cit. eben nur zur Abweisung der Haftung des dominus gebraucht wird, und daß in der Institutionenstelle schon Theophilus nicht sowohl eine Negation der nat. obl. findet, sondern dieselbe nur für unwirksam erklärt zur Aufhebung der prior obligatio. Ob nicht aus solchen Intercessionen der servus etwa nach der manumissio doch naturaliter obligirt ist, so daß er z. B. das von ihm selbst Gezahlte nicht condiciren kann, ist nirgends gesagt. Beim filiusfamilias ist es freilich anders, hier haftet der pater de peculio immer, aber nicht die beschränktere Haftung des dominus, sondern die weitere des pater erscheint eigentlich als das Besondere, welches vielleicht wegen der civilen Haftung des filius aus seinen mit Dritten contrahirten Rechtsgeschäften angenommen und in der Absicht festgehalten ist, dem filius eine freiere Stellung als dem servus zu geben.

Im Uebrigen wird aber aus jeder obligatorischen Rechtshandlung des servus und mit dem servus eine nat. obl. anzunehmen sein, sobald nur die Vornahme dieser Handlung selbst für den servus oder mit dem servus rechtlich möglich ist; das Vorhandensein der factischen Voraussetzungen für die Realisation ist nicht erforderlich, diese sind vielmehr regelmäßig gar

nicht gegeben, und wenn dadurch auch die rechtliche Bedeutung dieser Obligationen geschmälert wird, so ist doch die Existenz der obl. an sich darum nicht weniger gewiß, selbst da, wo wie bei Rechtsgeschäften zwischen dominus und servus der Wille des dominus erst dem Geschäft einen obligatorischen Character giebt. Darum ist es denn auch nicht zu billigen, wenn v. Savigny ausnahmsweise den Verkauf einer Sache von Seiten des Herrn an seinen Sclaven für nichtig und daher keine nat. obl. begründend erklärt [120]). In der angeführten Stelle [121]) wird allerdings der Verkauf an den eigenen servus und den filiusfamilias dem an den dominus der Sache gleichgestellt und gesagt: non est emtio in his casibus, und da der Verkauf an den pupillus sine tutoris auctoritate, sowie der an den fremden servus zugleich für giltig erklärt ist, so muß der Grund der Ungiltigkeit in dem Verhältniß des dominus zu seinem servus, des pater zu seinem filiusfamilias liegen, nach welchem die verkaufte Sache trotz des Verkaufes an den servus in dem Eigenthum des dominus und unter der Disposition desselben bleibt wie vorher, da er auch aus dem peculium des servus dieselbe, vorbehaltlich seiner Haftung Dritten gegenüber, beliebig zurücknehmen kann. Hier ist das Geschäft wie per suppositam personam geschlossen, und wenn wegen dieses Umstandes die addictio des dominus an den servus nicht bindend für den dominus ist, so kann eben in Bezug auf die Frage, ob durch solches Geschäft und solche addictio die frühere emtio aufgehoben werde, wohl gesagt werden: non est emtio d. h. es gilt nicht als eine wirksame emtio in Bezug auf eine vorher sub in diem addictione abgeschlossene. Der dominus ist nur de-

120) v. Savigny, Syst. Bd. II. S. 423 f.

121) L. 14. §. 3. D. de in diem addict. (XVIII, 2) Sed et si pupillus postea sine tutoris auctoritate pluris emerit, consentiente venditore abibitur a priore emtione. Item et de servo alieno. Aliter atque si servo suo, vel filio, quem in potestate habet, vel domino rei per errorem id addixerit, quia non est emtio his casibus. Quodsi alieno servo quem putaverit liberum esse, addixerit, contra se habebit, et erit hic similis egenti. (Paul. lib. 5. ad Sab.)

bitor seines servus, wenn er in Folge des Obligationsactes debitor manere vult, und weil also die Fortdauer des Schuldverhältnisses lediglich auf dem Belieben des dominus ruht, so kann er sich darauf nicht dem früheren Käufer gegenüber berufen. Allein wenn so die emtio Seitens des eigenen servus die gedachte Wirkung nicht haben kann, so ist damit noch keineswegs ausgesprochen, daß überhaupt die emtio unter diesen beiden Contrahenten nicht in der Weise, wie das oben von der Schuld des dominus und der Schuld des servus ausgeführt worden, rechtliche Bedeutung haben sollte. Dem steht, wie es scheint, Nichts entgegen, auch nicht der Satz: suae rei emtio nulla est, denn wollte man diesen hier festhalten, so wäre auch z. B. nicht einzusehen, wie dann ein dominus überhaupt seinem servus, das hieße demnach sich selbst, naturaliter obligirt werden könnte [122]), und wir dürfen in dieser Behandlung der emtio nicht eine Ausnahme von dem Satz sehen, daß durch obligatorische Rechtsgeschäfte zwischen dem dominus und dem eigenen servus überall Obligationen entstehen, sobald nur der Obligationsact unter den Contrahenten rechtlich möglich ist, da dann die Stellung des servus zu dem dominus und umgekehrt des dominus zu dem servus durch den Act selbst und durch den entsprechenden Willen des dominus immer irgend eine Beziehung darbietet, in welcher sich diese obligatio rechtlich bethätigen kann.

§. 16.

Eine andere Veranlassung zur Begründung einer klaglosen Obligation gewährt der Umstand, daß beide Obligationsinteres-

---

122) Denn sich selbst kann man keinen Bürgen bestellen, wohl aber der servus seinem dominus, sich selbst kann man nicht promittiren, wohl aber der servus seinem dominus. Das zeigt, daß der servus eben als eine von dem dominus zu unterscheidende Persönlichkeit angesehen wurde. So gelten auch in L. 49. §. 2. D. de pecul. (XV, 1) die negotia des dominus, welche der servus gerirt hat, diesem Letzteren gegenüber als aliena.

senten durch familienrechtliche Gewalt mit einander verbunden sind, sei es daß der Eine die Gewalt über den Andern hat, sei es daß Beide zugleich der Gewalt eines Dritten unterworfen sind [1]).

Der filiusfamilias wird in unseren Quellen sehr häufig mit dem servus zusammengestellt [2]) und das für diesen Gesagte ausdrücklich oder stillschweigend auch auf den filiusfamilias bezogen. Es rechtfertigt sich dies allerdings dadurch, daß Beide, servus und filius, gleichmäßig erwerbsunfähig, also vermögensunfähig und somit in dem dadurch bestimmten Umfange überhaupt rechtsunfähig sind, und daß, wie aus dem Erwerbsact des servus dem dominus das Recht erworben wird, so aus dem des filiusfamilias unmittelbar und ipso jure dem pater [3]). Neben dieser Gleichheit existirt aber zwischen Beiden auch eine wesentliche Verschiedenheit, welche, je weiter die Entwicklung des Rechts geht, desto schärfer hervortritt. Die Erwerbs- und Vermögensunfähigkeit ruht nämlich beim servus auf dessen Mangel der persona, der servus ist an sich und absolut rechtsunfähig, nicht durch das Recht eines bestimmten dominus, welcher etwa erst vermöge dieses Rechts den an sich dem servus selbst zukommenden Erwerb an sich zöge, vielmehr ist auch der servus sine domino rechtsunfähig, und es tritt, wie schon bemerkt, gerade

---

1) Vgl. Weber a. a. O. §. 87. Büchel a. a. O. S. 91 und 137 ff — v. Savigny, Syst. Band II. S. 54 ff. 96 ff. — Obl. R. I. S. 59. — Besonders aber v. d. Pfordten in der oben Seite 30. Anm. 32. angeführten Abhandlung, wo sich auch eine Uebersicht über die ältere Literatur in Bezug auf diesen Gegenstand findet, welche vorzugsweise an die Interpretation der L. Frater a fratre anknüpft. — Gegen v. d. Pfordten s. wieder die Recension von Rudorff in Richter's Jahrbüchern 1842, Januar. S. 17 ff.

2) Vgl. z. B. L. 1. §. 5. D. de pecul. (XV, 1) Potestatis verbum communiter accipiendum est, tam in filio, quam in servo. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

3) Was von dem filius gesagt wird gilt auch gleichmäßig von der Frau in manu und von dem in mancipio, denn auch manus und mancipium sind potestates und machen die ihnen Unterworfenen zu homines alieni juris. L. 1. §. 4. D. de trib. act. (XIV, 4.) Gegen die abweichende Ansicht v. d. Pfordten's (a. a. O. S. 131.) über sui und alieni juris s. Rudorff a. a. O. S. 18.

bei einem solchen die Rechtsunfähigkeit am deutlichsten hervor [4]). Die manumissio des servus ist daher nicht bloß Aufgeben des dominii, etwa eine Art von Dereliction, sondern die Constituirung einer rechtsfähigen Persönlichkeit in dem servus. Die Erwerbsunfähigkeit des filiusfamilias [5]) liegt dagegen nicht in einem solchen absoluten Mangel, sondern ist lediglich die Folge des dem pater zustehenden Rechts, dieses allein hindert den filius, welcher an sich rechtsfähig ist und commercium hat, einen Erwerb für sich zu machen und eigenes Vermögen zu haben. Darum reicht denn auch die Beschränkung des filiusfam. eben nur so weit, wie das Recht des pater ihm entgegensteht, und bei dem Wegfall dieses Rechts z. B. durch emancipatio, welche anders als die manumissio Seitens des pater lediglich Aufgeben des Rechts ist, kommt die unbeschränkte rechtliche Stellung des filiusfam. zum Vorschein. Ein filiusfamilias ist nicht denkbar ohne paterfamilias, wie ein servus sine domino. Giebt nun aber die patria potestas dem Vater nur ein Recht auf den Erwerb durch den filius, legt ihm aber nicht zugleich eine Verpflichtung auf wegen der Schulden des filiusfam. [6]), und ist ferner die Fähigkeit Schulden zu machen nicht abhängig von dem Vorhandensein eines Vermögens beim Schuldner, folglich auch nicht von seiner Vermögensfähigkeit, so erscheint die Stellung eines filiusfamilias ohne Einfluß auf die von ihm contrahirten Schulden. Daß dieses auch die Auffassung der Römer ist, zeigt

> L. 39. D. de O. et A. (XLIV, 7.) Filiusfamilias ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, et ob id agi cum eo tanquam cum patrefamilias potest. (Gai. lib. 3. ad Ed. prov.) [7])

---

4) S. oben Seite 245.

5) Auch des Adoptivsohnes vgl. L. 8. pr. D. de in jus voc. (II, 4.)

6) Vgl. L. 133. D. de R. J. (L. 17.)

7) L. 57. D. de jud. (V, 1) L. 44. 45. D. de pecul. (XV, 1) L. 141. §. 2. D. de V. O. (XLV, 1) L. 8. §. 4. D. de acceptil. (XLVI, 4.) Auch für den Vater kann der filius sich einem Dritten civiliter obligiren L. 10. §. 2. D. de fidej. (XLVI, 1). — Dagegen darf man sich auch nicht auf L. 43. D. de O. et A. (XLIV, 7) berufen, wo

wonach es also in Bezug auf die Begründung einer klagbaren obligatorischen Verpflichtung einerlei ist, ob der Schuldner pater oder filiusfamilias. Bei Obligationen dagegen, welche in der persona des filiusfam. dermaßen entstanden sind, daß der andere Interessent der Schuldner ist, hat die patria potestas den Einfluß, daß die actio nicht dem filius, sondern dem pater zufällt, es entsteht also ebenfalls eine klagbare Obligation, nur daß der pater der Berechtigte aus derselben ist.

Allein wenn die Obligation, aus welcher der filius schuldig ist oder ihm geschuldet wird, durch ein Rechtsgeschäft mit dem eigenen pater oder mit einem unter derselben patria potestas stehenden filius begründet ist, soll nach mehreren Aussprüchen unserer Quellen die Schuld des filius sowohl, wie auch auf der anderen Seite die Schuld des pater nur eine klaglose, die obligatio eine naturalis sein [8]. Der Grund für den Mangel der actio liegt daher nicht in der Stellung des filiusfamilias an sich, sondern darin, daß sein Verhältniß zu dem pater gerade mit diesem eine klagbare obligatio in der Weise, wie sie zwischen dem filius und Fremden vorkommen kann, unmöglich macht.

Zur weiteren Darstellung dieser klaglosen Obligationen werden wir am passendsten die obligatorischen Verhältnisse, in welche ein filiusfamilias überhaupt eintreten kann, nach der Ordnung anführen, welche wir in dem vorhergehenden §. eingehalten haben, wobei dann hinsichtlich des den filiis und den servis Gemeinschaftlichen auf das schon bei Letzteren Gesagte verwiesen werden kann.

Wir beginnen mit den Delictsobligationen. Daß filiifam. gegen extranei Delicte begehen können, bedarf keines Nachweises, und ebenso steht es fest, daß sie aus denselben civiliter obligirt sind. Früher ging die actio, wie bei den Delicten der servi, als noxalis gegen den pater, nach neuerem Recht aber ist mit Ausschließung dieser Haftung des pater die actio auch

---

zu einem obligari ein pater familias verlangt wird. Die Stelle ist jedenfalls unpräcis gefaßt.

8) Die Belegstellen, soweit sie nicht schon im vorigen §. angeführt sind, s. unten.

während der Dauer der patria potestas gegen den filius selbst gerichtet 9). Dieser ist, anders als der servus, fähig, gerichtlich belangt und auch condemnirt zu werden, die rechtlich nothwendige Insolvenz hindert nur die Ausführung des condemnatorischen Urtheils, und diese muß daher, falls nicht ein Fremder für den filius eintritt, bis zur Beendigung der pat. pot. aufgeschoben werden. Der an sich nicht verpflichtete pater ist nur, falls der filius ein peculium hat, und das Delict des filius als eine Vermehrung dieses peculii erscheint, zur Herausgabe der Bereicherung der actio de peculio verhaftet 10).

Ist aber das Delict des filius gegen den pater selbst begangen, so entsteht, wieder wie in diesem Fall bei dem servus, überhaupt keine obligatio, weil das statuere, worauf der dominus wegen des servus hingewiesen ist, ebenso dem pater in Bezug auf den filius zusteht 11). Der pater bedarf eben so wenig wie der dominus erst der gerichtlichen Addiction des filius, da er denselben bereits in seiner Gewalt hat, und wenngleich die Delictsforderungen später auch auf Geldleistung gestellt sind, so ist doch, weil in dieser Gestalt die Forderung gegen den filius unrealisirbar war, das Recht des pater zum statuere stehen geblieben und dadurch die Begründung der obligatio verhindert 12). Ist aber hier überall keine obligatio vorhanden, so kann auch nach Auflösung der p. p. ebensowenig gegen den gewesenen filius eine actio gegeben werden, wie gegen den manumissus nach geschehener manumissio.

Wie aber unter besonderen Umständen bei dem servus, so kann auch bei dem filiusfam. ein debitum ex delicto gegen den pater angenommen werden, ohne daß damit der obige Satz aufgehoben wird 13).

Was dann ferner Delicte gegen den filius betrifft, so erscheinen dieselben, falls sie von Dritten ausgehende Vermögens-

---

9) Vgl. Gai. IV, §. 75. sqq. — §. ult. J. de noxal. actt. (IV, 8)
10) S. oben Seite 251.
11) L. 17. pr. D. de furtis (XLVII, 2) s. oben Seite 253.
12) Vgl. L. 3. C. de pat. pot. (VIII, 47). — Rudorff a. a. O. S. 19.
13) S. oben Seite 255 f.

verletzungen enthalten, unmittelbar als Delicte gegen den Vater, verpflichten den Delinquenten civiliter diesem Letzteren[14]), aber auch für andere Delicte, z. B. damnum injuria datum, muß dasselbe gelten, da die daraus erwachsende actio auf Vermögenserwerb gerichtet ist, und daher von selbst dem Vater zufällt.

Nur ausnahmsweise soll bei einigen Delicten dem filiusfam. selbst, und zwar proprio nomine die actio zustehen. Es heißt nämlich in

> L. 9. D. de O. et A. (XLIV, 7.) Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat. (Gai. lib. 3. ad Ed. prov.)[15])

Aus einer injuria gegen den filius, sowie aus einer Handlung gegen das Verbot desselben entsteht mithin eine civilis obligatio zwischen dem filius und dem fremden Delinquenten, die actio gebührt dem filius selbst, und wenn auch dem pater noch eine actio injuriarum[16]) und quod vi aut clam zusteht, so gründet sich diese darauf, daß in der Injurie gegen den Sohn auch zugleich eine solche gegen den Vater enthalten und eine Handlung gegen das Verbot des filius zugleich als eine vom pater verbotene anzusehen ist. Daß wir es hier mit Ausnahmen zu thun haben, zeigt der Schlußsatz der angeführten Stelle, zugleich aber giebt die Natur der — vorerst allein hier in Betracht kommenden — Delictsobligationen hinlänglich an, durch welche Erwägungen man zu der Gestattung solcher actiones für den filius selbst gekommen. Beide Klagen gehen allerdings auf Geldleistung und das in Folge derselben Gezahlte muß nothwendig in das Vermögen des Vaters fallen, allein sie

---

14) S. oben Seite 257 f.

15) L. 13. §. 1. D. quod vi aut clam (XLIII, 24) Labeo scribit, si filio prohibente opus factum sit, et te habere interdictum, ac si te prohibente opus factum est, et filium tuum nihilominus. §. 2. Idem ait, adversus filium neminem clam videri fecisse: namque si scit eum filium familias esse, non videtur ejus celandi gratia fecisse, quem certus est, nullam secum actionem habere. (Ulp. lib. 71. ad Ed.)

16) Und zwar, anders als beim servus, selbst dann, wenn die injuria nicht atrox ist. §. 3. 4. J. de injur. (IV, 3).

sind nicht principaliter um des Geldgewinns willen gegeben, sondern zu persönlicher Befriedigung des Beleidigten, zur Genugthuung für die Nichtachtung des Verbots und die darin liegende Mißachtung des Prohibenten, und können diese Bedeutung nur dann behalten, wenn dem Verletzten selbst die actio zusteht [17].

Hat der filius ein peculium, und ist das Delict gerade gegen dieses gerichtet gewesen, so steht die actio gleichfalls regelmäßig dem pater zu, der filius kann dieselbe indessen unter Umständen nomine patris erheben [18], und das Resultat der actio gehört dermaßen in das peculium, daß bei Berechnung desselben auf Veranlassung von Ansprüchen Dritter das peculium um diesen Betrag vergrößert erscheint.

Ist das Delict dagegen, soweit es dann überhaupt möglich, vom pater selbst ausgegangen, so fehlt es freilich hier nicht, wie in diesem Fall beim servus, an der rechtlichen Voraussetzung zu einem Delict, da der filius dem pater doch als eine andere Person im rechtlichen Sinn gegenübersteht, die durch Injurien, körperliche Beschädigungen u. s. w. zu verletzen rechtlich durchaus unerlaubt ist, allein eine privatrechtliche Obligation kann aus solchem Delict nicht hervorgehen. Eine actio ist unmöglich, weil dieselbe wiederum dem pater, gegen welchen sie gerichtet ist, zufallen müßte [19]; ist aber keine actio gegeben, so fehlt es eben an jeder obligatio überhaupt. Der für den Mangel einer obligatio des dominus gegenüber dem servus in diesem Fall oben angegebene Grund kann dafür freilich nicht angeführt werden, weil, wie schon bemerkt, der filius anders als der servus eine rechtsfähige Person ist. Es kann nun aber der pater

---

17) Darum ist denn auch ein clam facere gegen den filius so, daß diesem die actio selbst zusteht, nicht möglich; eine Verheimlichung vor dem, von welchem man weiß, daß er kein Recht habe, ist keine Mißachtung desselben. L. 13. §. 1. D. cit.

18) Vgl. v. Savigny, Syst. Bd. 2. S. 97.

19) Daß auch wegen der den Eltern schuldigen reverentia die Kinder nicht klagen können, kommt hier als Grund nicht in Betracht, vielmehr ist die Unmöglichkeit der actio propter patriam potestatem und propter reverentiam wohl zu unterscheiden. L. 7. 8. pr. D. de in jus vocando (II, 4) L. 7. §. 3. D. de injur. (XLVII, 10.)

dem filius ebenso wie der dominus dem servus naturaliter obligirt werden, und demnach könnte es scheinen, als ob auch hier ex delicto des pater eine nat. obl. hervorgehen müsse. Allein wie der dominus dem servus, so kann auch der pater dem filius nur schuldig sein, wenn er einen Act mit ihm vorgenommen, welcher seinem Inhalt nach auf Zahlung gerichtet ist, und si debitor manere vult [20]). Er ist Schuldner, so lange er sich dafür will gehalten wissen, er kann jeden Augenblick die obl. durch sein Belieben aufheben. Bei einem obligatorischen Rechtsgeschäft zwischen pater und filius liegt nun in dem Rechtsgeschäft selbst die Willenserklärung des pater, Schuldner sein zu wollen, und dieser Wille ist so lange als vorhanden anzunehmen bis der pater das Gegentheil erklärt, nur wenn der filius ein peculium hat, ist er gebunden, wenigstens bis zu dem Moment, in welchem ohne Beeinträchtigung der Rechte Dritter das peculium eingezogen ist. Wenn dagegen der pater ein Delict gegen den filius begangen hat, so liegt der Wille sich dadurch zu obligiren keineswegs vor, es bedarf also auch nicht einer Erklärung zur Aufhebung desselben, auch kann in diesem Fall die Existenz eines peculii nicht eine bindende Obligation hervorrufen, weil das dem filius ex delicto vom Vater zu Leistende keineswegs zum peculium gehören würde [21]). Darum fehlt es in diesem Fall nicht nur an der actio, sondern an der obligatio überhaupt.

Wenden wir uns nun zu den Wirkungen der von dem filiusfamilias vorgenommenen obligatorischen Rechtsgeschäfte, so ist die Fähigkeit zur Vornahme solcher Geschäfte beim filius noch weniger zu bezweifeln als beim servus, weil er, wie schon bemerkt, nicht nur handlungs-, sondern auch rechtsfähig ist, so daß er nur von den wenigen Rechtsgeschäften ausgeschlossen sein kann, welche um ihrer Form oder ihres Inhalts willen die Eigenschaft eines homo sui juris in dem Contrahenten voraus-

20) S. oben Seite 287.
21) S. oben Seite 259. Anm. 41.

setzen. Das Rechtsgeschäft des filiusfamilias schafft sowohl für ihn, wie für den anderen mit ihm Contrahirenden eine rechtsgiltige causa solvendi, auch liegt darin, daß der eine Contrahent oder Beide filiifam. sind, noch kein Grund gegen die Entstehung der actio, nur das Verhältniß beider Contrahenten zu einander durch die p. potestas macht die actio unmöglich und begründet daher eine nat. tantum obligatio.

Gehen wir von obligatorischen Geschäften aus, welche ihrem Inhalt nach den filius als debitor erscheinen lassen, und nehmen wir zuerst an, daß der andere Contrahent nicht der pater, sondern ein extraneus sei, so entsteht in diesem Fall eine vollständige obligatio civilis; dem anderen Contrahenten steht eine actio zu, die er gerichtlich gegen den filius verfolgen, und mit welcher er die Condemnation des Letzteren bewirken kann. Erst bei der Execution zeigt sich die Eigenschaft des filiusfam. und die dadurch bedingte Vermögenslosigkeit, so daß der Gläubiger, wo nicht der Schuldner mit seiner Person verhaftet ist, die Execution bis nach Beendigung der p. p. aufschieben muß. Diese jeweilige Unrealisirbarkeit macht aber die obligatio eben so wenig zu einer klaglosen wie irgend welche andere Insolvenz eines paterfamilias.

Hat indessen der filiusfam. ein peculium und läßt sich die obl. des filius als zu diesem gehörig ansehen oder durch die dem filius etwa zugestandene administratio peculii rechtfertigen, so ist auch schon durante p. p. eine Realisation für den Gläubiger möglich, indem nämlich der pater de peculio verhaftet ist [22]. Der Gläubiger hat dann zwei Schuldner, den filius in solidum und den pater de peculio, und in Bezug auf die Haftung des Letzteren gilt ganz dasselbe, was oben über die Haftung des dominus de peculio gesagt worden, mit dem einzigen Unterschiede, daß diese Haftung des pater auch für diejenigen causae solvendi des filius gilt, für welche ausnahmsweise der dominus de peculio servi nicht zu haften hatte [23].

---

22) Die übrigen Gründe, aus denen der pater für die Schuld des filius haftet, sind hier übergangen, die Anwendung auf dieselben ergiebt sich von selbst. Vgl. L. 1. D. quod cum eo. (XIV, 5.)

23) S. oben Seite 291.

Wie aber die Haftung des dominus de peculio nicht ausschloß, daß die obligatio sich als die des servus auf mancherlei Weise bethätigte, so daß auch unter Umständen eine Zahlung Seitens des servus selbst möglich war [24]), so gilt ein Gleiches auch für die obl. des filius, nur mit dem Unterschiede, daß in diesem Falle alle solche Bethätigungen sich auf die klagbare obl. des filius beziehen [25]).

Von dem Moment der Beendigung der p. p. an ist diese klagbare obl. dann auch realisirbar, da indessen durch das Aufhören der p. p. nur die rechtliche Nothwendigkeit der Insolvenz aufgehoben wird, nicht aber zugleich die factische Insolvenz selbst, so soll bei Contractsschulden die Verurtheilung des gewesenen filius nur in quantum facere potest geschehen [26]), eine Rücksichtnahme, die sich durch die Erwägung rechtfertigt, daß, wer mit einem filius contrahirt, von vornherein nur die Absicht haben kann, sich an das peculium oder an das, was dem filius nach Beendigung der p. p. aus dem von da an möglichen Erwerb zufallen werde, halten zu wollen. Demgemäß soll denn auch die erwähnte Beschränkung nicht eintreten bei Delictsschulden und eben so wenig wenn der filius bei Contrahirung der Schuld sich dolose für einen paterfam. ausgegeben hat [27]). Ist aber mit dem Aufhören der p. p. auch wirklich zugleich factisches Aufhören der Vermögenslosigkeit eingetreten, weil z. B. der emancipatus sein peculium behalten hat, oder der filius durch den Tod des Vaters frei geworden und diesen beerbt hat, so tritt stets die volle Haftung ein. In diesem Falle d. h. wenn der filius ein peculium gehabt und dieses behalten hat bei der Emancipation, ist dann natürlich die Haftung des pater de peculio hinweggefallen, diese ist auf den nunmehrigen Inhaber des peculii übergegangen, geht aber hier in der Haftung des filius in solidum auf; ist dagegen das peculium beim pater oder in der dem filius nicht zugefallenen hereditas geblieben,

---

24) S. oben Seite 261 f.

25) Vgl. L. 18. §. 4. L. 19. D. de pign. act. (XIII, 7.) L. 48. D. de pecul. (XV, 1.) L. 34. pr. D. de novat. (XLVI, 2.)

26) L. 2. L. 5. pr. L. 4. pr. §. 2. D. quod cum eo (XIV, 5.).

27) L. 4. §. 1. D. eod.

so haftet der pater oder der heres nach wie vor de peculio und der frühere filius daneben in quantum facere potest. Diese Doppelhaftung kann wichtig werden für den Fall, daß das peculium nicht ausreicht zur Bezahlung der Schuld.

Ist aber der mit dem filius in der erwähnten Weise Contrahirende der pater selbst, so hindert das zwischen beiden bestehende Verhältniß die Entstehung der actio, nicht aber die obligatio; in dem regelrecht ausgeführten Obligationsact liegt hier vielmehr eben so gut eine rechtsgiltige causa solvendi als wie da, wo der filius mit einem extraneus contrahirt.

Es kommen freilich in den Quellen Aussprüche vor, welche es zweifelhaft erscheinen lassen, ob zwischen dem pater und dem filius überhaupt von einer obligatio die Rede sein kann. So wird z. B. die stipulatio von dem, der dem Recht des Stipulanten unterworfen ist, eine inutilis genannt [28]), es wird ferner behauptet, daß zwischen den gedachten Personen keine obligatio möglich [29]), es wird von dem filius gesagt: »non tenebit obligatio patris« u. s. w. [30]), allein daß damit nur die Klagbarkeit, nicht aber zugleich der Bestand der obligatio auch als einer klaglosen negirt sei, ergiebt die anderweite ausdrückliche Bezeugung der nat. obl. zwischen pater und filius.

In besonders präciser Weise wird aber in diesem Verhältnisse wiederum die Möglichkeit einer Kaufsobligation geleugnet. Es heißt nämlich in:

> L. 2. pr. D. de contrab. emt. (XVIII, 1) Inter patrem et filium contrahi emtio non potest, sed de rebus castrensibus potest. (Ulp. lib. 1. ad Sabin.)

Auch diese Stelle läßt sich aber sehr wohl von der klagbaren obligatio verstehen, so daß damit die Möglichkeit eines Kaufgeschäfts zu der Wirkung einer nat. obl. nicht geleugnet wäre. Man hat indessen hier jede obl. verneinen zu müssen geglaubt wegen der Regel, daß Niemand seine eigene Sache

28) §. 6. J. de inutil. stipul. (III, 19) Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est vel si a te stipuletur. — Vgl. Gai. III, §. 104.

29) §. 6. eod. — filiifam. vero aliis obligari possunt.

30) L. 15. §. 1. D. de castr. pec. (XLIX, 15.)

kaufen, und eben so wenig seine eigene Sache an sich selbst verkaufen könne, allein die Consequenz dieser Auffassung führt nothwendig zur Ableugnung der obl. unter denselben Personen auch auf Grund eines creditum, einer stipulatio, einer negotiorum gestio u. s. w., bei denen doch ausdrücklich die Existenz der nat. obligatio anerkannt ist. Wir müssen daher hier dennoch die L. 2. cit. allein auf die Klagbarkeit der obl. beziehen und in Betreff der nat. obl. auf dasjenige verweisen, was am Schluß des vorigen §. von der Irrelevanz der factischen Voraussetzungen für den Bestand dieser obl., so wie von der Auffassung des dominus und des servus als einer Person gesagt worden [31]. Auch scheint es in der That practisch nicht ohne Bedeutung, dem filius und dem pater den Abschluß eines Kaufgeschäfts mit einander zu gestatten, denn wenn z. B. der filius ein peculium hat, welches auch Dritten verhaftet ist, so kann es sehr wohl im Interesse des pater liegen auf dem Wege des Kaufes ein pretium an die Stelle der res peculiaris zu setzen, und letztere damit der Verhaftung an die Gläubiger des filius völlig zu entziehen, und umgekehrt ist durch die Gestattung eines Kaufes Seitens des filius diesem eine Möglichkeit gegeben, eine Sache des pater in sein peculium zu bekommen, wenn dieser nicht ohne Entgelt zur Erhöhung des peculii bereit ist.

Ist demnach das obligatorische Rechtsgeschäft zwischen pater und filius eben so eine causa solvendi wie unter anderen Personen, so ist doch trotz der Fähigkeit des filius zum conveniri und condemnari Dritten gegenüber für den pater aus solchem Geschäft eine actio nicht entstanden. Daß zwischen pater und filius von der einen wie von der anderen Seite eine gerichtliche Klage, ein Proceß nicht möglich ist, wird mehrfach ausgesprochen:

> L. 4. D. de judic. (V, 1) Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio. (Gai. lib. 1. ad Ed. prov.)

Die angeführte Ausnahme zeigt, daß der Grund der erwähnten Unmöglichkeit in der patr. potestas liegt, denn in

31) S. oben Seite 297.

Bezug auf das castrense peculium gilt der filius als paterfamilias 32). Ferner:

L. 11. D. eod. Si a me fuerit adrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego, solvi judicium Marcellus lib. III. Dig. scribit, quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere. (Ulp. lib. 12. ad Ed.)

Daß aber diese Regel nicht etwa ein singulärer Satz ist, sondern vielmehr aus dem Wesen der patr. potestas sich ergiebt, sagt:

L. 16. D. de furt. (XLVII, 2.) Ne cum filiofamilias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus. (Paul. lib. 7. ad Sabin.) 33)

Bleiben wir hier zuerst bei dem Fall stehen, daß der filius dem pater schuldig geworden ist, so fragt es sich, in welchem Sinn Vater und Sohn so sehr Eins sind, daß nicht Jener gegen Diesen klagen kann 34). Es kann diese Einheit nur in dem Satz liegen, daß der filius Alles, was er erwirbt, dem Vater unmittelbar und ipso jure erwirbt, daß Alles was der Sohn hat, ebenso zum Vermögen des Vaters gehört, daß ferner der Vater als solcher über den Sohn die volle persönliche Gewalt hat. Die actio des pater wäre nun aber nach älterem Recht auf Addiction, nach späterem Recht auf Geldprästation gerichtet, allein der pater kann keine actio haben auf Etwas, was er schon ohne dieselbe hat; er brauchte sich den filius nicht addiciren zu lassen, da er ohne Addiction schon hatte, was ihm dieselbe gewähren konnte, er braucht ferner keine actio auf Geldprästation, da Alles, womit der Schuldner Zahlung leisten könnte, schon ohnedies zu seinem Vermögen gehört. Dadurch scheint dann aber nicht nur die actio, sondern überhaupt die obligatio in diesem Fall ausgeschlossen, wie wir auch oben bei

32) L. 2. de SC. Maced. (XIV, 6.)

33) Vgl. auch §. 12. J. de obll. quae ex del. (IV, 1.)

34) Ausführlicher handelt über diese s.g. Personeneinheit v. d. Pfordten a. a. O. §. 1. S. 115 ff.

den Delictsschulden angenommen haben [35]. Allein, da nach späterem Recht bei Contractsschulden die Addiction des Schuldners regelmäßig wegfiel, so mußte das unter den betreffenden Personen abgeschlossene Rechtsgeschäft auch ohne actio doch als rechtsgiltige causa solvendi erscheinen, wenn und soweit eine Bethätigung derselben trotz des besonderen Verhältnisses des debitor zu dem pater möglich war. Das war aber der Fall, sobald dritte Personen für den debitor eintraten, sobald der filius ein peculium hatte, und endlich, sobald die patria potestas aufgehoben war. Auf diese drei Punkte ist denn auch dieses nat. debitum des filius im Wesentlichen beschränkt, eben so wie in gleichem Fall das debitum des servus [36].

So kann diese obl. durch die Zahlung Dritter giltig getilgt werden [37], wogegen eine Zahlung des filius selbst unmöglich ist, und ebenso können Dritte durch Bürgschaft [38]) Expromission und Pfandbestellung auf Grund dieses debitum rechtsgiltig intercediren. Eine novatio, sowie ein constitutum ist dagegen auch Seitens des filius selbst möglich, insofern dieses neue Rechtsgeschäfte sind, die nur eine giltige causa solvendi voraussetzen. Der filius steht hier aber dem extraneus fast gleich, indem der pater durch Vornahme dieser Geschäfte den filius sich gegenüberstellt, wie Jemanden, von dem auf Grund der obligatio eine Leistung an ihn zu machen wäre. Dasselbe gilt von der acceptilatio, und es können alle diese Geschäfte namentlich für die Zeit nach Aufhebung der

---

35) Vgl. v. d. Pfordten a. a. O. S. 137. Der Einwand Rudorff's a. a. O. S. 20, die Vermögenslosigkeit des filius könne unmöglich dessen Befreiung zur Folge haben, übersieht, daß die Negation der actio dem filius in der That Nichts zuspricht, und ferner, daß der filius auch ohne actio noch Schuldner bleibt.

36) S. oben Seite 261 f.

37) L. 3. §. 7. D. de pecul. (XV, 1).

38) L. 56. §. 1. D. de fidej. (XLVI, 1) vgl. auch L. 3. §. 7. cit. — Ueber L. 34. §. 8. D. de solut. (XLVI, 3) s. v. d. Pfordten a. a. O. S. 165 ff., wobei nur zu bemerken, daß der Uebergang der nat. obl. auf den filius dessen cui debetur auch ohne die Annahme eines Rechts des Letzteren aus der obl. möglich ist. S. unten die Erklärung der L. Frater a fratre.

p. p. und zwar dann auch für die Intercedenten Bedeutung erhalten.

Hat aber der filius ein peculium und ist die Schuld in Bezug auf dieses contrahirt, so steht es allerdings dem pater, wie dem dominus gegenüber dem servus, frei, wie das ganze peculium, so den der Schuld des filius entsprechenden Betrag einzuziehen, ohne daß darin rechtlich eine solutio debiti gesehen werden könnte, allein sobald der filius Dritten schuldig geworden, so daß sein peculium haftet, ist dieses Einziehungs- resp. Deductionsrecht des pater in bestimmte Grenzen eingeschlossen, er kann nur deduciren, wofür eine rechtliche causa solvendi bei dem filius vorhanden und das vom filius nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts Geschuldete erscheint dann auch rechtlich als debitum [39]).

Nach Beendigung der p. p. tritt endlich die obligatio, falls nicht etwa der filius Erbe des Vaters geworden, eben so wie in diesem Stadium die obl. des manumissus, nach allen Seiten hin als rechtswirksame obligatio auf, welche der actio nur deshalb entbehrt, weil dieselbe bei Begründung der obl. nicht entstanden ist [40]). Das gilt, falls ein peculium vorhanden, aber nur, wenn der pater das peculium dem aus der Gewalt Tretenden läßt, ohne das ihm Geschuldete abzuziehen, wenn er dagegen das peculium innebehält resp. bei seinem Tode einem Anderen zuwendet, so ist damit die obl. soweit das peculium reicht, erloschen [41]).

Klagbar wird diese obl. nach der Beendigung der p. p. nur unter denselben Voraussetzungen, unter denen auch gegen den manumissus in gleichem Fall geklagt werden kann [42]).

---

39) L. 38. §. 1. D. de cond. indeb. (XII, 6) S. oben Seite 221. — v. d. Pfordten a. a. O. S. 182. Der Grund der Entscheidung liegt darin, daß das peculium in erster Linie für die Schuld haftet und darum, wenn dieses beim pater geblieben, die Schuld des filius confusione untergegangen ist, nicht aber, wenn der filius das peculium behalten hat. Ueber diese Stellung des peculium zu der Schuld s. unten bei der Erklärung des Princips dieser Stelle.

40) Vgl. oben Seite 271.

41) Vgl. v. d. Pfordten a. a. O. S. 169.

42) S. oben ebendas.

Drehen wir nun aber das Verhältniß um, und setzen einen Obligationsact, nach welchem der mit dem filius Contrahirende als debitor erscheint, so ist, falls dieser andere Contrahent ein extraneus, die dadurch begründete obligatio eine civilis, der filius erwirbt die actio, wenn auch nicht für sich, so doch für den pater, völlig eben so wie der servus für den dominus [43]). Allein mit Rücksicht auf ein vorhandenes peculium, ja selbst auf die Möglichkeit der Constituirung eines solchen dadurch, daß der pater die contrahirte Obligation als die des filius ansehen und den Betrag derselben ihm zugewiesen wissen will, müssen wir hier eben so wie bei dem servus ein quod filio debetur annehmen, und diesem debitum, welches dann für den filius ein klagloses sein muß, während der Dauer der p. p. und nach Aufhören derselben unter den nämlichen Umständen die gleiche Bedeutung zusprechen, wie dem quod servo debetur ex contractu [44]).

Ist aber der Erwerb der actio für den dominus durch den servus ohne Ausnahme, weil der servus seiner persönlichen Qualität nach, auch ohne Rücksicht auf das Recht des dominus, keine actio selbst haben kann, so kann der filius, der an sich betrachtet zu einer actio fähig ist, ausnahmsweise eine solche für sich selbst erwerben. Von solchen dem filius für sich, nicht etwa als bestelltem oder präsumtivem Stellvertreter des Vaters [45]), sondern suo nomine zustehenden Klagen nennt die oben citirte L. 9. D. de O. et A. (XLIV, 7) die actio depositi und commodati [46]). Gehört die deponirte Sache zum peculium, so steht die actio dem pater zu, der filius kann nicht anders denn als Procurator des Vaters klagen [47]), ist aber die deponirte Sache keine peculiare, so fehlt für den Vater jedes rechtliche Interesse und die actio steht dann dem filius selbst zu. Dieser hat nämlich möglicher Weise ein zweifaches Interesse an der actio depositi, einmal nämlich, indem er dadurch die Detention und

---

43) S. oben Seite 273.
44) S. oben Seite 275.
45) Vgl. v. Savigny, Syst. Bd. 2. S. 97.
46) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 137 ff.
47) L. 18. §. 1. D. de jud. (V, 1.)

den Gebrauch der deponirten Sache erhält, sodann aber, weil er dem Eigenthümer der Sache auf Restitution resp. auf Schadensersatz haftet. In beiden Fällen erscheint der Anspruch des filius daher nicht sowohl auf eine Bereicherung gerichtet, sondern hat vielmehr den Zweck ihn vor Schaden zu bewahren. Die ganz gleiche Bewandtniß hat es mit der actio commodati. Lag daher in dem Inhalt der actio ein Grund, dieselbe dem filius trotz des mangelnden Erwerbsrechts zuzuwenden, so schien doch der Erhebung der actio entgegenzustehen, daß der filius nicht als Berechtigter, als Gläubiger im Proceß auftreten konnte. Man half hier dadurch, daß man dem filius eine formula in factum concepta gab, worin als Bedingung für die Verurtheilung des Beklagten nicht ein Recht des Klägers, sondern eine bloße Thatsache ausgedrückt wurde. Darum finden wir denn auch gerade für die genannten beiden Klagen neben der formula in jus concepta auch eine solche in factum [48]), und die

> L. 13. D. de O. et A. (XLIV, 7) In factum actiones etiam filiifamiliarum possunt exercere. (Ulp. lib. 1. Disput.)

drückt allgemein den Satz aus, daß gerade die Erhebung einer actio in factum für den filius möglich sei, nicht aber, daß alle actiones in factum auch dem filiusfam. suo nomine zustehen [49]).

Nach Aufhebung der p. p. bleiben diese dem filius suo nomine zustehenden actiones unberührt bestehen, da auch eine cap. deminutio, welche vielleicht bei Aufhebung der p. p. eingetreten, dieselben nicht aufhebt. Die actiones dagegen, welche aus den Rechtsgeschäften des filius dem pater erworben sind, können nach Aufhebung der p. p. nur titulo speciali auf Ersteren übergehen [50]).

---

48) Gai. IV. §. 47.

49) Vgl. v. Savigny, System, Bd. II. Seite 102. Anm. s. — Die weitere Verfolgung des Satzes, daß der filius einzelne Klagen suo nomine anstellen kann, gehört nicht hierher. Es war nur an den angeführten Fällen zu zeigen, daß neben dieser Möglichkeit das Prinzip der Vermögenslosigkeit Bestand behielt. Ueber die weiteren dem filius möglichen Klagen, welche ebenso wenig jenes Princip aufheben, s. v. Savigny a. a. O. S. 99. — Puchta, Instit. Bd. II. §. 219.

50) Vgl. aber v. Savigny, Syst. Bd. II. S. 99. Anm. p.

Somit ist durch das Rechtsgeschäft des filius mit einem extraneus, durch welches der Letztere debitor geworden, unter allen Umständen eine obligatio civilis begründet, ist es aber der pater, welcher dem filius schuldig geworden, so entsteht nur eine naturalis obligatio, weil eine actio des filius gegen den pater aus einem Rechtsgeschäft unmöglich ist, die Begründung und die rechtliche Bethätigung dieser nat. obl. ist aber völlig dieselbe, wie in gleichem Fall zwischen dem dominus und dem servus [51]).

Was bisher über den obligatorischen Verkehr der filiifam. mit dem pater gesagt worden, gilt auch für den der filiae, denn die rechtliche Stellung derselben und die potestas des pater über die Letzteren ist die nämliche, wie über die filii [52]). Eine besondere Ausführung der oben gegebenen Verhältnisse in Bezug auf die filia ist daher unnöthig.

Ebenso stehen auch die Obligationen zwischen zwei der pat. pot. unterworfenen Personen unter den nämlichen Regeln

---

51) L. 38. §. 2. D. de cond. indeb. (XII, 6). S. oben Seite 221. v. d. Pfordten a. a. O. S. 183 f. Was der Vater dem Sohne schuldet, ist Anforderungen Dritter gegenüber zu dessen peculium zu rechnen, die Existenz der Schuld ist aber insofern unabhängig von dem peculium, als in der Einziehung des peculii Seitens des Vaters nicht nothwendig ein Aufheben der Schuld liegt, denn dem Vater gegenüber ist das peculium kein geschlossenes Ganzes und ehe das nat. deb. gezahlt worden, ist es nach der anderen Seite nicht Theil des peculii, sondern es existirt nur die causa solv. an den filius, deren rechtliche Fortdauer auf dem Willen des pater ruht. Dieser Wille wird durch die Einziehung des peculii nicht nothwendig aufgehoben, es besteht also die n. o. fort, wenn nicht noch andere Gründe hinzutreten, welche den Willen des pater als aufgehoben erscheinen lassen. Daraus erklärt sich denn auch der Schlußsatz der Stelle. — Wenn Sintenis Civilrecht Bd. 3. §. 142. Not. 19 gerade in dieser Stelle einen Beweis finden will, daß die n. o. zwischen pater und filius nur auf Grund eines peculii rechtlich möglich sei, so muß dagegen auf die ganze Ausführung des vorigen §. verwiesen werden.

52) Vgl. v. Savigny, Syst. Bd. II. S. 103. Anm. u. und Beilage V.

wie die obl. zwischen filius und pater. Sind die beiden Interessenten der potestas Verschiedener unterworfen, so ergeben sich die Folgen von selbst; ein Delict des einen filius gegen den anderen begründet eine civ. obl. für den pater des Verletzten, unter Umständen für den Verletzten selbst, und dasselbe gilt bei obligatorischen Rechtsgeschäften, bei denen dann nach dem Willen des pater die Obligation auch dem Effect nach zu dem peculium dessen cui debetur gerechnet werden kann.

Sind aber beide Contrahenten filii desselben pater, so ist eine Delictsobligation unter ihnen ebenso unmöglich, wie zwischen dem filius und pater, anders aber steht es, wenn die beiden filii obligatorische Rechtsgeschäfte mit einander abgeschlossen haben. Die rechtliche Möglichkeit solcher Rechtsgeschäfte kann keiner weiteren Beschränkung unterliegen, als die der Rechtsgeschäfte zwischen pater und filius, ebenso kann aber aus solchen eine obl. civilis nicht hervorgehen, denn die Fähigkeit des filius, die actio für den pater zu erwerben, kann hier nicht wirksam werden, weil der pater nicht eine actio gegen den eigenen filius haben kann, und nur die dem filius ausnahmsweis selbst zustehende actio kann hier, soweit sie auch gegen den Bruder selbst zusteht, z. B. wegen Deposition einer dem Vater nicht gehörigen Sache, eben so gut Platz greifen, wie dem filius eine solche gegen Dritte zusteht.

Abgesehen aber von diesem Ausschluß der actio ist doch unter den Brüdern eine causa solvendi begründet, und diese kann, wenn auch in beschränkter Weise, sich rechtlich bethätigen. Zahlung Seitens des filius selbst ist allerdings unmöglich, weil der Schuldner Nichts hat, wohl aber kann eine solche Seitens Dritter erfolgen und fällt dann in das Vermögen des Vaters; ebenso können Dritte, nicht aber der Schuldner selbst, für die Schuld Pfänder bestellen, und durch Bürgschaft und Expromission für dieselbe eintreten, auch einer Novation und einem Constitutum von Seiten des Schuldners selbst steht kein Hinderniß im Wege. Haben aber beide Contrahenten oder wenigstens der Schuldner ein peculium, so kann auch von dem Letzteren selbst, falls er die administratio peculii hat, eine solutio wenigstens mit dem Effect vorgenommen werden, daß das solutum aus dem peculium des Zahlenden heraus und in dasjenige dessen

cui debetur oder rein in das Vermögen des Vaters fällt d. h. seine peculiare Eigenschaft verliert [53]). Unter dieser selben Voraussetzung kann auch ein solches debitum durch Compensation getilgt werden, wenigstens insofern als dasselbe zur freiwilligen Abrechnung mit Peculiarschulden dessen cui debetur, oder auch mit Schulden des Vaters an den filius debitor (falls nämlich der filius cui debetur kein peculium hat) gebraucht werden kann. Das Vorhandensein von Peculien bei den Contrahenten läßt dann aber die obl. der Brüder auch noch in der Beziehung sich bethätigen, als der pater, wenn er von dritten Gläubigern der filii de peculio belangt wird, für den filius debitor nur so weit zu haften braucht, als das peculium nach Abzug des dem Bruder Geschuldeten — mag dieses in dessen peculium oder an den Vater selbst fallen — reicht; dagegen aber muß auch der Vater auf der anderen Seite, wenn er wegen des filius cui debetur von Dritten de peculio belangt wird, zu dessen peculium das von dem Bruder Geschuldete, soweit dessen peculium reicht, hinzurechnen. Die Schuld des Bruders an den Bruder verpflichtet und vermehrt ebenso wie die Schuld des filius an den Vater resp. des Vaters an den filius das peculium, denn das was der filius dem Bruder schuldet, schuldet er ja eigentlich dem pater, zugleich aber ist, wenigstens so weit das peculium reicht, die Schuld des filius die Schuld des Vaters.

Die Aufhebung der patria potestas läßt die unter den Brüdern bestehende causa solvendi unberührt, es besteht also die obl. als naturalis fort, die actio fehlt nur, weil wenn einmal eine solche nicht begründet ist, die Aufhebung der potestas nicht als Entstehungsgrund für eine actio gelten kann. Ist Einer von den Contrahenten und zwar der Schuldner emancipirt, so ist die obligatio unverändert, hatte derselbe ein peculium und ist ihm dieses gelassen, so geht die damit auf ihn übergegangene Haftung de peculio in der Haftung in solidum auf, hat aber der pater das peculium behalten, so ist die Schuld

53) Eine Pfandbestellung ist aber auch aus dem peculium in diesem Fall nicht möglich, weil dem filius, cui debetur, resp. dem Vater kein Pfandrecht an einer zu dem Vermögen des Vaters gehörigen res pecularis zustehen kann.

wenigstens insofern noch seine, des Vaters, als wenn er wegen des filius cui debetur de peculio belangt wird, er gezwungen ist zu dem peculium des Letzteren den Betrag der Schuld hinzuzurechnen; ist dagegen der cui debetur a fratre emancipirt, so tritt es nunmehr deutlich hervor, daß die Schuld des frater dem Effect nach eine Schuld an den pater ist, und daher nur die Zahlung an diesen den Schuldner befreien kann. Hat der frater cui debetur ein peculium, so kann allerdings die Zahlung an das peculium gehören und in diesem Fall wird es davon abhängen, ob der pater dem emancipatus das peculium gelassen oder genommen hat, indessen ist es auch im ersten Fall nicht sicher, daß die Zahlung an den emancipatus gehört, denn da das peculium dem pater gegenüber kein geschlossenes Ganzes ist, so ist, falls Letzterer dem filius das peculium läßt, damit noch nicht nothwendig gesagt, daß er auch die causa nat. obligationis auf ihn als eine selbständige Person habe übertragen wollen 54).

Wird aber die p. p. durch den Tod des pater aufgehoben, so daß also beide Contrahenten zugleich frei werden, so ist zu unterscheiden, ob, wie es die Regel, die filii des Vaters Erben sind, oder nicht.

Von der ersteren dieser Voraussetzungen und von den dadurch bedingten Folgen für die Obligation der Brüder handelt die berühmte, vielbesprochene L. Frater a fratre, deren Entscheidung indessen nur als die Anwendung der oben aufgestellten Sätze erscheint: daß auch ohne actio das Rechtsgeschäft eine giltige causa solvendi zwischen den Brüdern begründet, daß der Ertrag derselben an den Vater fällt und endlich, daß die

---

54) Die Aufhebung der p. p. durch Uebertragung des filius in die p. p. eines Anderen stellt die obl. so, als wäre sie gleich ursprünglich von filiis, die unter verschiedenen potestates stehen, abgeschlossen, nur bleibt sie klaglos. Hat der Schuldner ein peculium, und der Vater behält dieses zurück, so kann er, von Dritten de peculio belangt, den Betrag der Schuld noch immer abziehen. Ist der cui debetur in die Gewalt eines Anderen übertragen, so ist das nat. debitum doch noch an den Vater zu zahlen, weil die causa n. obl. nicht ohne Weiteres als mit übertragen gilt.

Schuld als auf dem peculium des Schuldners haftend anzusehen ist.

Wir stellen den Text des Fragments, soweit es von einer Obligation zwischen zwei Brüdern handelt, hier voran, und zwar mit der von v. d. Pfordten [55]) proponirten Interpunction:

L. 38. pr. D. de cond. indeb. (XII, 6.) Frater a fratre, quum in ejusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit. Quaesitum est, an repetere possit? Respondit: utique pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum: pro ea vero qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset; naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti a fratre ex eo fieret. Idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Julianus probaret: si extraneo quid debuisset, et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum judicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset; igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem ejus indemnis a coheredibus praestetur. Porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo quod fratri debuisset indemnem esse praestandum. (African. lib. IX. Quaestion.) [56])

Zwei Brüder, welche unter ein und derselben potestas stehen, haben ein Darlehnsgeschäft mit einander geschlossen. Der Empfänger des Darlehns hat ein peculium, ob auch der Geber desselben, ist nicht gesagt, übrigens für die hier in Rede stehende

55) A. a. O. S. 172.

56) Die Literatur über diese Stelle s. bei v. d. Pfordten a. a. O. S. 113 f.

Frage auch gleichgiltig [57]. Beide Brüder sind durch den Tod des pater dessen Erben geworden, und nachdem dieses geschehen, hat der Schuldner seinem Bruder das empfangene Darlehn zurückbezahlt. Es fragt sich nun, ob er das solutum repetiren, als indebitum solutum condiciren könne.

Ueber das zu dieser Klage nothwendige Requisit des error geht der Jurist stillschweigend hinweg, es muß daher wohl angenommen werden, daß dasselbe irgendwie vorhanden sei [58]. Wenn nun aber ausdrücklich anerkannt wird, daß durch das mutuum eine nat. obl. unter den Brüdern entstanden sei, so kann das in Folge dieser obl. Gezahlte als ein indebitum solutum nur dann angesehen werden, wenn die erwähnte Obligation schon vorher vollständig aufgehoben worden ist. Als solche Aufhebungsgründe erscheinen nun im vorliegenden Fall die Beerbung des pater durch den Schuldner und der Erwerb eines dem Betrag der Schuld gleichkommenden Theils des peculii des Schuldners Seitens dessen cui debetur.

Der Jurist giebt auf die erhobene Frage eine doppelte, jede nur auf einen Theil des soluti sich beziehende Antwort. Der Theil des Darlehns, welcher dem Theil entspricht, zu dem der filius debitor Erbe des pater geworden, kann stets und unbedingt repetirt werden. Das nat. debitum ist für den Schuldner, soweit er Erbe geworden, also gerade durch die Beerbung zum indebitum geworden.

Die durch das Darlehnsgeschäft begründete Schuld des Empfängers ist seine eigene Schuld, nicht die des pater, dieser haftet möglicher Weise nur neben dem debitor bis zum Belauf des peculii; wenn nun der Schuldner den pater beerbt, so wird dadurch seine Schuld nicht aufgehoben, vielmehr ist er dann aus einem doppelten Grunde, als Schuldner und als Inhaber des peculii verhaftet, eine Unterscheidung, die indessen regelmäßig nicht erkennbar sein wird. Wenngleich nun aber die Schuld des Darlehnsempfängers eine Schuld an den Bruder ist, vielleicht selbst in der Weise, daß das für diese Schuld

---

57) Die Gründe für die Annahme eines peculii, welche früher mehrfach bestritten ist, s. bei v. d. Pfordten S. 173.

58) S. v. d. Pfordten a. a. O. S. 175.

Gezahlte in das peculium des Bruders cui debetur hätte fallen müssen, so ist doch eine Zahlung immer nur so möglich, daß das solutum in das Eigenthum des pater fällt, daß die aus Intercessionen sich ergebenden Rechte Rechte des pater werden, daß also die naturale Schuld des einen filius an den anderen eine causa zu Vermögensleistungen an den Vater enthält. Ist aber diese causa durch einen objectiven Rechtsgrund gegeben, so müssen wir das daraus erwachsende Rechtsverhältniß zu dem Vermögen des Vaters und bei dessen Tode — durch welchen alle peculiarischen Sonderungen in dem Vermögen, soweit nicht Rechte Dritter dadurch beeinträchtigt werden, von selbst aufhören — zu der hereditas rechnen. An die hereditas resp. die heredes ist nunmehr das nat. debitum zu zahlen, und wenn daher der Schuldner selbst der heres ist, so ist seine Schuld zu dem Theile, zu welchem er heres geworden, confusione erloschen. Auch ohne die Behauptung eines Rechts dessen cui debetur kommen wir daher zu dem Resultat, welches man bisher immer nur auf Grund eines solchen Rechts glaubte gewinnen zu können [59]. Daß aber das Römische Recht, obgleich es, wie oben nachgewiesen worden, in der nat. obl. kein Recht dessen cui debetur kennt, diese obl. auch für Letzteren als ein durch Universalsuccession übergangsfähiges Verhältniß ansieht, zeigt die bereits oben besprochene L. 40. pr. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1), welche auch gerade in durchaus sachgemäßer Bezeichnung nur von einem Uebergang der causa nat. o. redet [60].

Daraus folgt dann aber weiter, daß der Darlehnsgeber, soweit er Erbe geworden ist, die Stellung dessen cui debetur behalten hat, als Erbe nun selbständig und allein für sich in eben dem Verhältniß steht, in welchem er bis zum Tode des pater nur zum Vortheil des Letzteren stand. Dieser Theil des

59) So auch nach v. d. Pfordten a. a. O. S. 174. 182. Puchta Vorles. zu §. 438. — Hotomannus, der ganz richtig kein Recht aus der n. o. annahm, und daher die obl. nicht als dem Vater erworben betrachtet wissen wollte, übersah dann, daß auch ohne Recht ein Uebergang der obl. auf die hereditas stattfand und kam so zu seiner willkührlichen Emendation. s. v. d. Pfordten S. 176.

60) S. oben Seite 178.

nat. debitum ist mithin nicht confusione aufgehoben und das solutum ist an sich, soweit es diesen Theil betrifft, ein irrevocabeles debitum solutum. Demgemäß will der Jurist für diesen Theil des soluti eine condictio auch nur auf Grund einer anderen bereits erfolgten Befriedigung zulassen, und diese soll dann nur soweit als geschehen angesehen werden, wenn und soweit aus dem peculium des Schuldners an ihn, den Erben cui debetur, Etwas gekommen ist. Auch diese zweite Entscheidung ist nach den allgemein über nat. obl. und über Haftung des pater de peculio geltenden Grundsätzen durchaus gerechtfertigt. Der Jurist stellt seinen Ausspruch in Bezug auf diesen letzten Theil zusammen mit dem Fall, daß ein filius, der einem Dritten obligirt war und nun zum Theil heres des Vaters geworden ist, und der in solchem Verhältnisse beobachtete Grundsatz hinsichtlich der Vertheilung des peculii unter die mehreren Miterben soll denn auch zu jener Entscheidung in Bezug auf die Schuld an den Bruder und Miterben führen, da diese als maxime consequens jenem in dem ersteren Fall angewandten Verfahren erscheine.

Betrachten wir daher zuerst den ausführlicher besprochenen Fall der Schuld des filius an einen extraneus. Wenn der Schuldner allein Erbe des Vaters wird und sein peculium ganz behält, so haftet er in solidum und in dieser Haftung geht die de peculio auf, sind aber mehrere Erben vorhanden, so steht dem Gläubiger außer der actio in solidum auch eine Klage gegen jeden anderen Miterben zu, welcher von dem peculium erhalten hat und zwar auf so viel wie er vom peculium erhalten hat; wird aber vom Gläubiger der Sohn selbst belangt, so kann dieser strenggenommen den Kläger nicht ganz und nicht zum Theil auf seine Miterben als Inhaber des peculii verweisen, sondern muß selbst, einerlei ob er von seinem früheren peculium hat oder nicht, das Ganze zahlen als seine eigene Schuld, deren Existenz und Rechtsgiltigkeit von dem Bestand eines peculii unabhängig ist 61). Daß dann die Miterben ihren Theil des peculii ohne Rücksicht auf die Schuld kein lucriren, weil es dem Gläubiger nicht gefallen hat, sein Recht

61) Vgl. auch L. 30. §. 3. L. 44. 45. D. de pecul. (XV, 1.)

de peculio gegen diese Miterben geltend zu machen, und so der Schuldner selbst aus dem ihm zugefallenen Theil des peculii resp. der hereditas die ganze Schuld zahlen muß, kann ihm eigentlich nicht als Beeinträchtigung erscheinen, da er doch eben nur seine Schuld zahlt. Ist nun aber auch der Schuldner für seine Schuld principaliter und ohne alle Rücksicht auf das peculium verhaftet, so stellt sich doch factisch das Verhältniß so, daß umgekehrt die Schuld principaliter auf dem peculium ruht und der debitor aus anderen Mitteln zu zahlen erst dann angehalten wird, wenn das peculium zur Befriedigung des Gläubigers nicht ausreicht. Während der Dauer der p. p. ist allein die actio de peculio realisirbar, nach Aufhebung derselben durch Emancipation oder Tod des Vaters ist dem filius entweder das peculium gelassen resp. durch Beerbung zugewandt oder beim Vater resp. dem Erben desselben verblieben. Im ersteren Fall hat der debitor wiederum die Möglichkeit zuerst aus dem peculium zu zahlen, und wenn dieses ausreicht, so tritt seine davon unabhängige Haftung überall nicht hervor, im letzteren bleibt aber der pater resp. dessen Erbe de peculio obligirt, und die eigene, hier auf das quod facere potest beschränkte Haftung desselben [62]) nimmt ganz deutlich den Charakter einer subsidiaren an.

War nun aber der filius nur pro parte Erbe des pater geworden, so mußte er schon dann, wenn der ihm zugekommene Theil des peculii nicht zur Deckung der Schuld genügte, ex propriis die Schuld zahlen und es lag eine Härte darin, daß das bisher für die Schuld verhaftete, und zwar vorzugsweise verhaftete peculium nun wenigstens theilweise und zum Schaden des debitor dieser Haftung entzogen ward, sobald der creditor gegen den Schuldner selbst klagte. Darum erachtete man denn für billig — aequum — daß unter mehreren Miterben, deren Einer einem extraneus verhaftet war, das in die Erbschaft fallende peculium desselben dermaßen vertheilt werde, daß er bis zum Belauf des ganzen peculii ohne Schaden dastehe, d. h. daß außer dem an den Schuldner fallenden Theil des peculii auch die den Miterben zukommenden Theile desselben

62) L. 4. §. 2. D. quod cum eo (XIV, 5).

zur Zahlung verwandt würden, ehe er ex propriis zu zahlen habe. Hatte daher der debitor vor Vertheilung der Erbschaft gezahlt, so konnte er nicht nur den ihm nach der Erbordnung zufallenden Theil des peculii, sondern außerdem auch noch von jedem Miterben so viel aus dem peculium verlangen, als dieser nach dem ihm zufallenden Theil de peculio verhaftet gewesen wäre 63). Wurde dagegen die Erbschaft beim Bestehen der obl. vertheilt, so konnte der debitor für den Fall, daß der creditor gegen ihn selbst Klage erheben werde, verlangen, daß bei Vertheilung des peculii der volle Betrag des debitum ihm vorausgeleistet und daß der Rest unter Alle der Erbordnung gemäß vertheilt werde 64).

Dieses auch von Julianus gebilligte Verfahren wendet nun der Jurist auf den Fall an, wo der filius nicht einem extraneus, sondern seinem coheres selbst verpflichtet ist. Für die (nur zum Theil noch bestehende) Schuld an den coheres ist das ganze peculium des debitor, auch soweit es nicht bei der Beerbung des Vaters an ihn gekommen, dermaßen verhaftet, daß erst, wenn dieses die Schuld zu tilgen nicht im Stande ist, der debitor mit seinem übrigen Vermögen haftet. Wäre nun der frater cui debetur, falls nicht ihm, sondern einem Dritten zu zahlen wäre, und dann natürlich noch das ganze debitum bestände, verpflichtet, diese Schuld zur Hälfte auf das ihm zugefallene halbe peculium zu nehmen, so muß, wenn ihm selbst

---

63) L. 28. §. 5. D. fam. ercisc. (X, 2) Er hat zu diesem Zweck das judicium famil. ercisc. oder er kann auch von dem Gläubiger sich die actio desselben gegen den coheres cediren lassen, indem er in der doli m. exc. ein Mittel hat diese Cession zu erzwingen. L. 30. §. 3. D. de pecul. (XV, 1). L. 13. C. fam. erc. (III, 36).

64) L. 20. §. 1. D. fam. ercisc. (X, 2.) Jeder Miterbe hat daher seinen Quotenantheil an der Schuld je nach dem auf ihn fallenden Theil des peculii zu zahlen. Von mehreren de peculio Verhafteten kann freilich Jeder in solidum (d. h. soviel er aus dem pec. hat) belangt werden, allein da dem, welcher das Ganze gezahlt hat, gegen die Uebrigen eine Regreßklage zusteht, — L. 27. §. 8. L. 29. D. de pecul. (XV, 1) — so kann die Vertheilung hier nur nach den sich daraus ergebenden Quotentheilen gemeint sein, denn der filius muß doch jedenfalls selbst auch als de peculio verpflichtet angesehen werden.

diese Hälfte der Schuld aus dem ihm zufallenden peculium gezahlt werden soll, die obligatio, falls und soweit das ihm zufallende halbe peculium den Betrag der Schuld deckt, als confusione aufgehoben angesehen werden.

Auf diese Weise gewinnen wir ohne wirkliche Zahlung, falls das peculium überhaupt ausreichend ist, gerade dasselbe Resultat, welches sich ergeben haben würde, wenn vor dem Tode des pater der debitor das ganze debitum an den frater (in dessen peculium oder unmittelbar in das Vermögen des Vaters) gezahlt hätte, und darauf die ganze hereditas unter die Brüder vertheilt wäre. Darum ist denn auch in Bezug auf die an den Bruder cui debetur fallende pars hereditatis die nachträglich gemachte Zahlung als indebitum solutum zu repetiren, wenn und soweit diesem der Betrag aus dem peculium filii debitoris bereits zugekommen ist. Darüber hinaus besteht die halbe Schuld des Bruders unberührt durch die Stellung der Interessenten als coheredes, nur ist der Darlehnsgeber jetzt als Erbe definitiv und unwiderruflich derjenige cui debetur, während bis zum Tode des Vaters ihm diese Stellung nur durch den stets revocabelen Willen desselben zukam.

Als eine Folge der Haftung des peculii für die Schuld des filius wird dann auch noch angeführt, daß wenn dem Schuldner das peculium praelegirt worden, der andere Bruder von demselben das debitum deduciren könne, das peculium also um den Betrag des debiti kleiner werde [65]. Durch ein solches Praelegat des peculii wird der Satz, daß das nat. debitum des filius, soweit er selbst Erbe des Vaters geworden, confusione untergegangen sei, nicht berührt, die deductio bezieht sich daher nur auf diejenige Hälfte der Schuld, welche an den frater als coheres zu zahlen ist. Object der Deduction ist hier ferner ebenfalls nicht das ganze peculium, sondern nur diejenige Hälfte desselben, welche, abgesehen von dem Praelegat, auf den frater, der das Darlehn gegeben hat, fällt und von diesem dem frater debitor als Praelegat herausgegeben werden

65) Ueber die Frage, ob bei Legirung eines peculii die Peculiarschuld auf den Legatar falle, s. die Belegstellen bei v. d. Pfordten a. a. O. S. 178. Note t und u.

muß. Es muß daher auch in diesem Fall der frater cui debetur die ihm noch zustehende Schuld als getilgt ansehen, sobald nur aus dem peculium des debitor der betreffende Betrag an ihn gekommen, es ist also hier eben so wenig wie in dem obigen Fall wegen der eigenen Haftung des filius das peculium als ein von der Schuld freies zu betrachten [66]).

Ist übrigens das peculium dem Schuldner praelegirt, so ist es dem cui debetur einerlei, ob er von dem peculium deducirt oder vom debitor Zahlung erhält, da er vom peculium als solchem nach der Bestimmung des Vaters überall Nichts erhalten soll. Die Haftung der Schuld auf dem peculium bringt ihm nur in der Weise einen Vortheil, daß wenn er errore die deductio versäumt, er das zu viel Gezahlte condiciren und somit dem Effect nach seine klaglose obl., soweit wenigstens das peculium reicht, in eine klagbare umwandeln kann.

Der Schlußsatz der Stelle: »Porro —« hebt endlich hervor, daß das, was für den filius debitor einem Fremden gegenüber gelte, »longe magis« dem eigenen Bruder gegenüber zur Anwendung kommen müsse, nämlich daß er nur hafte, wenn das peculium nicht ausreicht, und dieses »longe magis« soll dann wohl darauf hinweisen, wie es leichter und gleichsam selbstverständlicher erscheine, daß der filius cui debetur den an ihn gekommenen Theil des peculii sich als Zahlung der Schuld anrechne, als daß dem Schuldner die Befugniß gegeben werde, von den bei seiner Schuld völlig unbetheiligten Miterben eine theilweise Uebernahme der Schuld zu verlangen, weil sie einen Theil des peculii erhalten haben, mit welchem der Vater neben dem filius zur Zahlung verhaftet war [67]).

---

66) Auch hier haftet das halbe peculium für die halbe Schuld. Wenn die Schuld auf dem peculium ruht, so hat der debitor den Theil des peculii, welcher ihm als heres zufällt, auch wenn die Schuld für ihn noch bestände, ungeschmälert, denn er müßte hier an sich selbst zahlen, die andere Hälfte, die ihm als praelegatum zukommt, beträgt aber nicht mehr, als nach Abzug der (halben) Schuld an den Bruder übrig bleibt.

67) Diese Ausführung über das Principium der L. 38. cit. giebt denn auch die Entscheidungsnorm für die beiden folgenden §§. s. oben S. 313. Anm. 39. und S. 316. Anm. 51.

Sind dagegen beide filii enterbt, so ist die Schuld an die hereditas zu zahlen, ist klaglos, kann aber sonst auf alle Weise sich bethätigen. Der Umstand, daß auch das peculium des Schuldners an die hereditas fällt, kann die Schuld des filius selbst nicht aufheben. Ist der debitor allein enterbt, so steht die Sache ebenso, der frater cui debetur hat nun die Schuld auf sich als heres zu beziehen. Ist der Letztere enterbt, so ist die Schuld als an die hereditas zu zahlen völlig erloschen.

Bei der obigen Darstellung sind wir von der Regel des alten Rechts ausgegangen, daß der filius kein Vermögen haben könne, sondern jeder Erwerb desselben ipso jure dem Vater zufalle, und haben dabei nur der geringen Modificationen erwähnt, welche die consequente Anwendung dieser Sätze durch das dem Sohne zugestandene peculium (profectitium) erleidet. Es bleibt aber noch zu erörtern, wie die Rechtswirkungen des obligatorischen Verkehrs des filius sich gegenüber den selbständigen Peculien des späteren Rechtes gestalten, welche die eben erwähnte Regel des älteren Rechts durchbrochen, ja fast aufgehoben haben. Ist auch im neuesten Recht nur eine naturalis obligatio zwischen pater und filius möglich?

Das älteste dieser Peculien ist das castrense, dem das quasi-castrense gleichzuachten ist[68]; an diesen castrensischen Gütern soll dem filius volles Eigenthum mit freiester Dispositionsbefugniß inter vivos und mortis causa zustehen[69]. Für die Obligationen des filius mit dritten Personen hat die Existenz eines solchen peculii nur die Bedeutung, daß der filius als debitor, da er auch ohne jedes peculium schon civiliter obligirt ist, in dem peculium ein schon durante p. p. angreif-

---

68) v. d. Pfordten a. a. O. S. 142 ff. v. Vangerow, Bd. I, 2. §. 254.

69) Das pec. castrense ist von dem Vermögen des pater völlig getrennt (cum a bonis patris separetur. L. 18. §. 4. D. de castr. pec.), und darum ist denn auch der pater nicht de peculio (prof.) verpflichtet wegen Schulden, welche der filius peculii (castr.) nomine contrahirt hat. L. 18. §. 5. cit.

bares Executionsobject hat, und zwar haftet das castrense peculium nicht nur für castrensische Schulden d. h. für solche, welche mit den res castrenses in irgend einem rechtlichen Zusammenhange stehen, sondern für alle Schulden des filius 70). Bei Obligationen, in Folge deren dem filius gezahlt werden soll, ist dieser selbst der Berechtigte, nicht der Vater, allein das gilt nur für solche Obligationen, deren Ertrag in das peculium castrense fallen würde, da nur in Bezug auf Sachen dieses Charakters die Eigenthumsfähigkeit des filius anerkannt ist 71).

Was dann aber Obligationen zwischen pater und filius anbetrifft, so ist wieder zu bedenken, daß die selbständige Erwerbsfähigkeit des filius sich nur auf Güter bestimmter Art bezieht und daß daher auch nur soweit solche Güter vorhanden sind, und gerade nur um dieser Güter willen der Regel des alten Rechts entgegen der filius als ein paterfamilias dasteht

> L. 2. D. de SC. Maced. (XIV, 6) — — quum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur. (Ulp. lib. 64. ad Ed.)

und darum ist denn auch nur ex castrensi peculio d. h. wegen einer mit diesem peculium zusammenhängenden Schuld oder Forderung des filius eine lis, d. h. eine klagbare obligatio zwischen filius und pater möglich 72), darüber hinaus bleibt es bei der oben aufgestellten Regel.

Aus Delicten gegen den pater, für welche der filius verantwortlich ist, entsteht daher überhaupt nur eine obligatio — dann aber eine klagbare — wenn der filius gerade als Inhaber

---

70) L. 7. D. de castr. pecul. (XLIX, 17.) Si castrense peculium maritus habeat, in quantum facere potest, condemnabitur, quia etiam non castrensibus creditoribus ex eo peculio magis est, eum cogi respondere (Ulp. lib. 22. ad Ed.). Die hier gemeinte actio ist eine gegen den Ehemann als solchen zustehende, die also mit dem castr. pec. keinen Zusammenhang hat. Daß streng genommen das peculium für solche Schulden nicht haften würde, zeigt das „magis est". Das Haften: in quantum facere potest ist ein Privilegium des miles, auch wenn er paterfam. ist. S. L. 6. 18. D. de re jud. (XLII, 1.)

71) Vgl. Wetzell, System. S. 59.

72) L. 4. D. de jud. (V, 1) — s. oben Seite 310.

des castrense peculium verantwortlich ist, nicht aber wegen seiner eigenen unerlaubten Handlungen, welche mit dem peculium castrense nicht in Verbindung stehen, von ihm vielmehr als filiusfam. vorgenommen werden.

L. 52. §. 4. D. de furt. (XLVII, 2) Idem[73]) dicendum est et in filiofamilias milite: nam ipse patri furti non tenebitur, servi autem nomine castrensis tenebitur, si patri furtum fecerit (Ulp. lib. 37. ad Ed.).

Das von dem servus castrensis gegen den pater begangene furtum obligirt den dem pater fremden, weil ins Eigenthum des filius gehörigen servus civiliter und giebt daher dem pater nach bekannten Grundsätzen gegen den dominus, hier den eigenen filius, eine actio furti noxalis.

Daß aber der filius miles wegen des eigenen Delicts nicht obligirt sei, wird gleich in den folgenden Worten etwas modificirt

L. 52. §. 5. eod. Sed si filius meus, qui habet castrense peculium, furtum mihi fecerit: an possim actione utili adversus eum agere, cum habeat, unde satis faciat? et potest defendi, agendum.

Die potestas des Vaters, welche auch über den filius miles besteht, schließt eine rechtliche obligatio ex delicto aus, allein das Strafrecht giebt dem Vater nicht die Befugniß von den bona castrensia für sich zu nehmen, weil in Bezug auf diese der filius als pater gilt, die bona also für den pater fremde sind. Ist aber nun bei Delicten der Schadensersatz das principaliter Verlangte, und sind im späteren Recht überhaupt die Ansprüche aus Delicten Geldansprüche, so mußte immer mehr die Vermögenslosigkeit des filius als der hauptsächliche Grund hervortreten, weßhalb aus den Delicten des filius gegen den pater keine obligatio entstand, und es lag daher sehr nahe, in dem Fall, wo der filius ein selbständiges Vermögen hatte, dieses als dem pater verhaftet anzusehen. Die actio ist aber nur eine utilis, und dieser Umstand, so wie die ganze Fassung der Stelle

---

73) scil. ut in servo s. den vorhergehenden §. 3.

zeigt, daß man von der Nichtexistenz einer obligatio in diesem Fall ausging [74]).

Ein Delict des pater gegen den filius mußte ebenfalls, wenn es das castrense peculium, also ein fremdes Vermögen, und den filius als pater traf, eine civilis obligatio begründen, deren Ertrag dem peculium castrense zufiel.

L. 52. §. 6. eod. An autem pater filio teneatur si rem ejus castrensis peculii subtraxerit, videamus? Et puto teneri. Non tantum igitur furtum faciet filio, sed etiam furti tenebitur.

Was hier vom furtum gesagt wird, gilt natürlich auch von anderen Verletzungen des peculii castrensis, nicht aber von Delicten, die den filius selbst oder dessen peculium profectitium treffen, in diesen Fällen bleibt es vielmehr trotz des castrense pec. bei der alten Regel, da das aus solchem Delict dem filius Zukommende nicht zu diesem peculium gerechnet werden würde.

Was sodann Rechtsgeschäfte zwischen pater und filius betrifft, so begründen diese, soweit sie sich auf das peculium beziehen d. h. Schulden des filius betreffen, welche mit dem peculium einen Zusammenhang haben, oder Forderungen, welche ihrem Inhalt nach castrensischer Natur sind, eine civilis obl. In diesem Umfange ist, wie schon oben erwähnt eine lis, ein Rechtsstreit zwischen pater und filius möglich [75]), Rechtsgeschäfte aber, die mit dem peculium keinen Zusammenhang haben, begründen auch bei dem filiusfam. miles nur klaglose Obligationen. Diese Unterscheidung macht z. B. für die stipulatio

L. 15. §. 1. D. de castr. pec. (XLIX, 17) Si stipulanti filio spondeat [76]), si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio. Ceterum ex qualibet alia causa non tenebit.

§. 2. Si pater a filio stipulatur, eadem distinctio servabitur. (Papin. lib. 35. Quaest.)

Das tenere und non tenere ist hier offenbar von klagbarer und klagloser Obligation zu verstehen, und je nachdem

---

74) Vgl. Rudorff a. a. O. S. 19.

75) L. 4. D. de jud. (V, 1.)

76) scil. pater.

der filiusfam. miles der: »duplex jus sustinet« als pater oder als filius auftritt, ist seine Obligation der einen oder anderen Art 77).

So können also alle Rechtsgeschäfte zwischen pater und filius klagbare Obligationen hervorbringen, die Begrenzung liegt nicht in der Natur des einen oder anderen Rechtsgeschäfts, sondern in dem Zusammenhang desselben seinem Inhalt nach mit dem peculium castrense 78).

Seit Constantins Zeit ist aber in Bezug auf die rechtliche Stellung des filius noch eine andere Modification eingetreten, indem nämlich auch an den bona materna, ferner den b. materni generis und endlich an allem durch den filius Erworbenen, mit alleiniger Ausnahme des Falles, wenn der Erwerb ex substantia patris oder jussu patris geschehen war, dem filius selbst, nicht dem Vater das Eigenthumsrecht zugesprochen wurde, so daß also der bis dahin geltende Satz von der Erwerbsunfähigkeit des filius im Allgemeinen als aufgehoben erscheint und nur in dem erwähnten Fall noch als Ausnahme auftritt 79). Weil aber dem pater, wenigstens regelmäßig, an diesen dem filius zugehörigen bona der Nießbrauch und die freieste gubernatio zustand, so war an die Stelle der früheren Erwerbsunfähigkeit im neuesten Recht als Regel die Dispositionsunfähigkeit der filii getreten.

Fragen wir nun, wie diese Veränderung auf die Rechtsfolgen von obligatorischen Vornahmen des filius einwirkt, so finden wir uns von den Quellen gänzlich verlassen, und haben daher aus der Natur dieser Veränderung zu entwickeln, ob und

---

77) L. 15. §. 3. D. eod. Was ein servus castrensis erwirbt, ist immer castrensisch und daher steht wegen dessen, was ein solcher servus sich z. B. von dem pater seines dominus hat versprecheu lassen, dem filius auch dann eine actio gegen den pater zu, wenn der filius aus dieser obl., von ihm selbst abgeschlossen, wegen deren mit dem pec. castrense nicht zusammenhängenden Inhalts keine actio hätte.

78) Vgl. v. d, Pfordten a. a. O. S. 143. Daß actiones, welche ex re (castrensi) stammen, für und gegen den filiusfam. miles begründet sind, versteht sich von selbst.

79) Eine Uebersicht über die allmälige Entwicklung dieses Rechts der s. g. Adventicien s. z. B. bei Burchardi, Lehrb. II, 1. S. 212.

in wie weit dadurch die Gründe, welche sich der vollen Entfaltung der obl. des filius entgegenstellten, aufgehoben oder modificirt sind [80]).

Fassen wir zuerst allein das s. g. peculium adventicium regulare ins Auge, so ist dessen Existenz für die obligatorischen Beziehungen des filius zu dritten Personen von geringer Bedeutung. Haftet der filius schon ohne jedes eigene Vermögen für seine Schulden civiliter, kann aber durante p. p. die actio gegen ihn nicht realisirt werden, so wird durch das Vorhandensein eines bonum adventicium regulare an diesem Verhältniß Nichts geändert, weil, wenn auch das advent. bonum Eigenthum des filius debitor ist, doch das Nießbrauchsrecht des pater jede Disposition über dasselbe ohne seine Einwilligung unmöglich macht; auch haftet der pater nicht etwa de peculio, weil das bon. adventicium, anders als das pec. profectitium, dem filius nicht wie ein besonderes Vermögen zum Zweck einer solchen Haftung herausgegeben ist. Nach aufgehobener p. p. haftet der filius mit oder ohne adventicium auf Zahlung seiner Schuld, nur wird im ersteren Fall, da ihm das adventicium nicht entzogen werden kann, nicht die sonst bei Schulden aus Rechtsgeschäften zugelassene Erleichterung eintreten [81]).

Bei Schulden an den filius, welche dem pater die actio geben, muß nunmehr die actio als zum adventicium gehörig, als actio des filius selbst angesehen werden, die Geltendmachung derselben steht aber auch hier nur dem Vater zu, weil diese unter die dem pater gebührende gubernatio über das bon. adventicium gehört. Auch nach neuestem Recht ist also in diesem Fall der Vater der Forderungsberechtigte, nur fällt der Betrag der durchgeführten actio in das bon. adventicium [82]), und erst nach Beendigung der p. p. hat der filius, falls der pater die Forderung nicht realisirt hat, selbst die actio als Bestandtheil des vom pater ihm auszuliefernden bon. advent.

---

80) Vgl. Marezoll, in der Gießener Ztschr. Band VIII. S. 58 ff. — v. d. Pfordten a. a. O. S. 144. Sintenis, Civilr. Band III. S. 142. Anm. 8.

81) S. oben Seite 308.

82) Pr. J. per quas person. (III, 28.)

Bedeutsamer ist die Veränderung des neueren Rechts für das Verhältniß des filius zu dem eigenen pater. Delicte des filius gegen den pater können schon beim Vorhandensein eines castrense peculium zu einer actio des Vaters führen. Ist nün das bon. advent. ebenfalls Eigenthum des filius, so scheint auch hier eine solche actio angenommen werden zu müssen, allein da dem Vater der Nießbrauch zusteht, so hat der filius doch wiederum eigentlich nicht unde satis faciat. Wir können allerdings nach Analogie jener actio utilis dem Vater das Recht zusprechen bis zum Belauf des Delicts aus dem adventicium sich Gelder zum Eigenthum zu nehmen, so daß dann die sein Nießbrauchsrecht umgebenden Schranken für diese Summe hinwegfallen, allein er bedarf dazu keiner actio, kann vielmehr dieses sein Recht während der Dauer der p. p. nach Belieben üben und bei Beendigung der p. p. durch Abzug von dem zu restituirenden bon. adventicium und durch exceptio gegen die auf Herausgabe eben dieser abgezogenen Sachen gerichtete Klage realisiren.

Begeht aber der pater ein Delict gegen den filius, so ist auch nach neuestem Recht eine actio und überhaupt eine obligatio nicht begründet. Die gegen eine actio oben aufgestellten Gründe treffen, auch wenn ein bon. adv. vorhanden, zu, da das ex substantia patris Erworbene auch jetzt dem filius nicht gehört, und eine (klaglose) Obligation des Vaters wäre auch jetzt noch nur auf den bei einem Delict nicht anzunehmenden Willen des Vaters zu begründen. Ist aber durch das Delict des Vaters das bon. adventicium verletzt, so haftet er allerdings, wenn und soweit er als Usufructuar diligentiam zu praestiren hat[83]), allein diese dann nicht mehr unmittelbar auf das Delict zu stützende Haftung kann erst nach Beendigung der p. p. geltend gemacht werden.

Was dann aber obligatorische Rechtsgeschäfte zwischen pater und filius betrifft, so scheint auf den ersten Blick nicht bloß das Vorhandensein von bon. advent., sondern selbst schon die rechtliche Möglichkeit des Erwerbes solcher bona die Folge zu haben, daß die Schulden des filius an den pater klagbar sind,

---

83) Vgl. v. Vangerow, Bd. I. Abth. I. §. 236. Anm. 2.

da der das Entstehen einer actio hindernde Grund, daß nämlich der Sohn Alles nothwendig für den Vater erwirbt, durch die rechtliche Gestattung eines Erwerbs für den Sohn selbst, also durch die Vermögensfähigkeit des Sohnes dem Vater gegenüber weggefallen ist. Durch die Einführung des pec. castr. wurde der filius nur innerhalb eines ganz bestimmten Kreises als erwerbsfähig und damit auch als dem Vater gegenüber zu civiler Obligation fähig anerkannt, über diesen Kreis hinaus blieb aber die alte Regel; ähnlich mochte es zuerst in Bezug auf die bona materna, dann die bona materni generis stehen, seitdem aber allgemein dem filius Erwerb aller Art gestattet ist, muß, so scheint es, derselbe dem Vater wie einem Fremden gegenüber stets civiliter obligirt werden. Hat er ein bonum adventicium, so hat er ein Vermögen, welches für den Vater ein fremdes ist, und auf welches also das Recht des Vaters gerichtet sein kann, hat er dagegen kein bon. advent., wohl aber die fast unbeschränkte Fähigkeit eines Vermögenserwerbes, so befindet er sich nur in dem Zustande der factischen Insolvenz, und diese kann noch weniger die actio gegen den filius verhindern, als es die rechtlich nothwendige Insolvenz des filius nach altem Recht bei Schulden desselben an Dritte thut.

Einer solchen Auffassung steht aber entgegen, daß das Eigenthum der filii an dem bon. advent. und somit überhaupt die Erwerbsfähigkeit derselben eine in eigenthümlicher Weise beschränkte ist, indem der pater an dem dem filius Erworbenen den vollen Usufruct und die freieste Disposition über dasselbe hat. Nun kann freilich Jemand auch ohne die geringste Dispositionsfähigkeit über sein Vermögen debitor civilis sein, weil dazu ja überhaupt nicht einmal ein Vermögen gehört, und selbst der Umstand, daß es gerade derjenige cui debetur ist, dem die volle Disposition über allen Erwerb des filius zusteht, schlösse eine actio des pater auf das ihm noch nicht zustehende Eigenthum an den bonis advent. nicht nothwendig aus. Aber auch in diesem Umfange ist dem pater die actio zu versagen, seine obl. also als eine naturalis tantum anzusehen. Die Einführung des Satzes, daß der filius an den bonis maternis und schließlich an allen Sachen, welche nicht ex substantia patris kommen, selbst Eigenthum erwerbe, ist nicht, wie die Gestattung

des Eigenthums an den bonis castrensibus zu dem Zweck geschehen, daß der filius im Vermögensverkehr, auch namentlich dem Vater gegenüber, selbständig dastehe, sondern lediglich um zu bewirken, daß diese nothwendig dem Vater zufallenden bona auch für die Zeit nach Aufhebung der p. p. dem filius erhalten bleiben. Fiel nämlich der Erwerb des filius dem pater zu, so konnte dieser darüber inter vivos und mortis causa beliebig disponiren und so das dem filius von Dritten Zugedachte oder von diesem selbst Erworbene ihm definitiv entziehen. Diesem Uebelstande sollte mit möglichster Wahrung des Rechts des pater abgeholfen werden, und man meinte das dadurch zu erreichen, daß man dem filius das Eigenthum zuwies, dem Vater aber den vollsten Gebrauch und die freieste Administration ließ [84]), welche lediglich durch die Rücksicht auf die demnächstige unverminderte Ausantwortung dieser bona an den filius beschränkt war, also namentlich dem pater — abgesehen von besonderen Fällen — keine alienatio gestattete [85]). Das Eigenthum des filius ist daher während der Dauer der p. p. wegen des Rechts des Vaters ein rein nominelles, und kann nur durch freiwilliges Aufgeben dieses Rechts Seitens des pater einen wirklichen Inhalt bekommen. Der filius kann die adventicische Sache nur unter Zustimmung des pater veräußern [86]), ohne diese Zustimmung ist die Veräußerung ungiltig, also auch hinsichtlich des dem pater nicht zustehenden Eigenthums. So sind Beide, Vater und Sohn, in Bezug auf den Vermögenserwerb und das erworbene Vermögen eng an einander gebunden, der Erwerb des filius fällt im Wesentlichen noch eben so wie früher dem pater von selbst und mit Nothwendigkeit zu, denn wenn auch in dem Veräußerungsverbot eine Beschränkung des Rechts des Vaters liegt, so ist doch das dem Recht des Vaters damit Entzogene nicht dem filius gegeben resp. gelassen. Dieser hat ebenfalls keine Veräußerungsbefugniß. Darum kann denn auch nicht durch die Fähigkeit des filius zum Erwerb von Adventicien der Sohn dem Vater gegenüber dermaßen als ver-

---

84) L. 6. pr. §. 2. C. de bon. quae lib. (VI, 61.)

85) Vgl. L. 1. 6. 7. Th. Cod. de bon. matern. (VIII, 18.)

86) L. 8. §. 5. C. de bon. quae lib. (VI, 61.)

mögensrechtlich selbständig betrachtet werden, daß dem Vater durch obligatorisches Rechtsgeschäft eine actio gegen den filius entstehen kann. Gegenstand der actio könnten doch stets nur die vorhandenen oder erwarteten Adventicien sein, diese fallen aber auch ohne actio dem Vater zum vollen Gebrauch anheim, nur dem Eigenthum nach hat er sie dem filius zu erhalten für die ganze Zeit der Dauer der p. p., und eine Aneignung derselben würde mit dieser seiner Verpflichtung im Widerspruch stehen.

Dazu kommt, daß die zwischen filius und pater begründete nat. obl. dem Letzteren auch ohne actio die Bezahlung der Schuld, soweit das adventicium reicht, schon vollständig sichert, und daher kein Grund vorhanden war, von dem bisherigen Recht abzuweichen und auf dem unsicheren Boden der Adventicien eine Klage anzunehmen. Denn wenn der pater nach Beendigung der p. p. die Adventicien zu restituiren hatte, so stand Nichts im Wege, davon den Betrag des ihm naturaliter Geschuldeten abzuziehen, und falls er diesen Abzug in entschuldbarem Irrthum versäumt hatte, das indebite solutum zu repetiren. Für die Zeit der p. p. aber bedurfte der pater keines Rechtsmittels, um sich den Betrag der Schuld aus dem ihm schon zu voller gubernatio zustehenden Adventicium zu entnehmen, denn jene Deductionsbefugniß bei Restitution des Usufructs überhob ihn aller Verantwortung. Nur in dem einen Punkt erscheint der pater daher beschränkt, daß er nicht selbst schon durante p. p. der dominus werden kann, aber das ist dann eben gerade die Folge der Verpflichtung, welche das neuere Recht ihm auflegt.

Ist also durante p. p. keine actio des pater gegen den filius begründet, so existirt eine solche auch nicht nach Beendigung derselben, ohne daß dadurch indessen, wie schon bemerkt, der pater benachtheiligt wäre.

Setzen wir aber umgekehrt den Fall eines Rechtsgeschäfts, aus welchem der pater dem filius schuldig geworden, so ist die obligatio auch nach dem neuesten Recht noch unzweifelhaft klaglos, denn die actio des filius könnte nur auf einen Erwerb ex substantia patris gerichtet sein, der dann nothwendig wiederum völlig in das Vermögen des Vaters fallen würde. Das

vom Vater wirklich Gezahlte wäre auch nach wie vor peculium profectitium und das debitum des pater steht somit auch im neuesten Recht noch wesentlich auf dem Willen des pater. Die Möglichkeit einer Intercession für die Schuld des Vaters muß auch hier geleugnet werden, denn wenngleich der daraus erwachsende Betrag zu dem Adventicium gehört, so ist es doch der pater selbst, welcher die actio erheben müßte [87]), und nach dem oben aufgestellten Verhältniß desselben zu dem Adventicium läge doch auch hier ein Intercediren pro eodem apud eundem vor. Eine Zahlung Seitens Dritter wäre allerdings möglich, weil darin jedenfalls eine Vermehrung des bon. advent. liegen und somit wenigstens bei Beendigung der p. p. das Gezahlte auch materiell an den filius fallen würde.

Eine durchaus andere Stellung aber muß dem filius angewiesen werden, wenn er s. g. bona adventicia irregularia hat. An solchen Gütern hat er nicht nur nominell das Eigenthum, sondern sie stehen dem vollen Recht nach und ebenso auch factisch ihm zu, ohne die geringste Theilnahme des pater. Bei Schulden des filius an Dritte hat dies die Folge, daß dieselben soweit das advent. irreg. reicht, sofort realisirbar sind, und zwar muß das nach Analogie des beim peculium castrense geltenden Rechts für alle, nicht nur für die an dem bon. adv. irregulare haftenden Schulden angenommen werden. Schulden Dritter an den filius können aber nur dann, wenn sie ihrem Inhalt nach zu dem adv. irregulare gehören, dem filius für sich selbst die actio gewähren [88]), in diesem Falle ist denn aber auch die Erhebung derselben regelmäßig [89]) von der Zustimmung des Vaters durchaus unabhängig.

Bei Obligationen zwischen filius und pater wird es in Betreff der Schulden des Ersteren auch eben so stehen, wie bei dem peculium castrense. Bei den Delicten des filius gegen den pater muß dem Letzteren wenigstens eine actio utilis zugestanden werden, weil der filius: habet unde satisfaciat und auch

---

87) Vgl. oben S. 333.

88) Sonst gehört die actio zum advent. regulare.

89) Ueber L. 8. pr. D. de bon. quae lib. (VI, 61) s. v. Savigny, Syst. Bd. 2. S. 97. Note m.

aus Rechtsgeschäften muß der filius wegen des adv. irregulare ebenso civiliter verhaftet sein wie wegen bona castrensia. Die allgemeine Meinung [90]) steht dieser Annahme einer actio des pater gegen den filius auf Grund solcher Adventicien freilich entgegen und man beruft sich für die gegentheilige Ansicht theils auf den Mangel irgend eines Zeugnisses der Quellen für diese actio, theils darauf, daß dem filius wegen dieser adventicia irregularia nicht, wie wegen der b. castrensia der Charakter eines paterfamilias zugesprochen sei. Allein jener Mangel eines Zeugnisses kann bei einem Rechtsinstitut aus so später Zeit, und welches außerdem nur einzelne wenige, besondere Umstände voraussetzende Fälle umfaßt, nicht bedeutend ins Gewicht fallen, namentlich nicht zu dem Zweck, um eine aus dem Wesen dieses Instituts sich ergebende Consequenz abzuschneiden. Daß aber der filius nicht auch in Bezug auf die bon. adv. irreg. ein paterfam. genannt wird, könnte nur von Bedeutung sein, wenn damit ein Mehreres gesagt wäre, als daß der filius in Bezug auf Vermögen völlig selbständig dastehe. Das ist aber keineswegs bewiesen, vielmehr liegt in dem Ausdruck der Quellen, daß der filius: usque ad quantitatem castrensis peculii vice patrisfamilias fungire [91]), ziemlich klar, daß die Bezeichnung paterfam. eben Nichts als diese vermögensrechtliche Selbständigkeit andeutet. Ist das aber der Fall, so ist es für die Beurtheilung der rechtlichen Stellung des filius, der bona adv. irreg. hat und damit vermögensrechtlich in der That völlig selbständig hingestellt ist, gleichgiltig, ob er ausdrücklich ein paterfam. genannt ist oder nicht.

Daß nun aber die rechtliche Consequenz es fordert den filius bis zum Belauf der adv. irreg. ebenso zu behandeln wie den fil.fam. miles, bedarf keiner weiteren Ausführung [92]), auch Jener hat ein jus duplex, es fehlt an jedem Grund dem pater zu diesen Adventicien eine andere Stellung anzuweisen, wie

---

90) S. z. B. Büchel a. a. O. S. 98. — Puchta, Pand. §. 438. Sintenis a. a. O. v. Vangerow Bd. I. Abth. 2. §. 237.

91) L. 2. D. de SC. Maced. (XIV, 6.) S. oben Seite 329.

92) Vgl. außer v. d. Pfordten a. a. O. S. 144. auch Arndts, Pand. §. 435 a. E.

jedem Dritten, und wir müssen daher die Schulden des filius an den Vater bis zum Belauf der advent. für klagbar erklären.

Was dagegen Schulden des Vaters an das Kind betrifft, so ist durch das Vorhandensein von bon. adv. irreg. das frühere Recht nur soweit abgeändert, wie die Schuld als eine an das advent. irreg. zu zahlende erscheint 93), und es treten hier auch dieselben Erscheinungen ein, wie bei dem peculium castrense.

Wie nach diesen Grundsätzen des neueren Rechts die Obligationen unter zwei derselben pat. potestas Unterworfenen sich gestalten, ergiebt sich von selbst. Hat der Schuldner ein peculium castrense oder advent. irregulare, so ist die Obligation bis zum Belauf desselben wie mit einem extraneus debitor abgeschlossen anzusehen, mithin dem pater des filius cui debetur die actio erwachsen, und der Ertrag derselben wird bon. advent. irregul. für den cui debetur, falls er nicht seiner Natur nach zum castrense oder advent. irreg. peculium auch für diesen Bruder wird. Hat aber dieser eines der beiden selbständigen Peculien, so hat er gegen den Bruder, der ebenfalls ein solches peculium hat, eine actio bis auf den Belauf desselben, darüber hinaus besteht aber nur eine nat. obl. Das advent. regulare oder auch die Möglichkeit des Erwerbs eines solchen kann an der Klaglosigkeit der Obligation, wie sie nach früherem Recht bestand, nichts ändern, nur ist das naturale debitum jetzt unmittelbar dem anderen Bruder als zu dessen Adventicium geschuldet anzusehen, so daß die Beerbung des pater durch die Brüder jetzt nicht mehr den Einfluß auf den Bestand des debitum haben kann, wie er oben nach L. Frater a fratre geschildert worden. Nur würde, wenn der Schuldner ein pecul. profectitium hätte, dieses auch jetzt noch principaliter für die Schuld in der Art haften, daß der cui debetur sich das, was er aus dem peculium des Bruder debitor erhalten hätte, so als Zahlung anrechnen müßte, als wenn er die Schuld ent-

93) In Bezug auf actiones ex re gilt ebenfalls das oben bei dem pec. castr. Bemerkte.

sprechend dem auf ihn fallenden Theile des peculii selbst übernommen hätte.

§. 17.

Gegenüber der Regel, daß filiifamilias aus Rechtsgeschäften mit Dritten, trotz ihrer Vermögenslosigkeit ebenso wie patresfamilias civiliter obligirt werden, bestimmt das Senatus consultum Macedonianum 1), daß aus einem Gelddarlehn an einen filiusfam. gegen diesen eine actio nicht zustehen soll — »ne actio petitioque daretur« —. Dieser Ausschluß der actio soll dann aber nicht die ganze obligatio treffen, vielmehr wird ausdrücklich bezeugt, daß aus einem solchen mutuum eine naturalis obligatio entsteht. Als rechtliche Bethätigungen dieser obligatio finden wir in den Quellen angeführt zuerst den Ausschluß der repetitio soluti, und zwar wird dieser ausdrücklich auf den Bestand der nat. obl. gestützt, mithin jede andere mögliche Begründung desselben ausgeschlossen. Ferner soll für die Darlehnsschuld des filiusfamilias rechtsgiltig eine Bürgschaft und ein Pfand bestellt werden können, und ebenso ist diese obligatio eine hinlängliche Grundlage für eine giltige novatio. Ob sie auch vom Schuldner selbst giltig constituirt werden kann, dürfte vielleicht deßhalb zweifelhaft sein, weil das constitutum für diesen Fall wenigstens nicht wörtlich und ausdrücklich bezeugt ist, und ebenso kann die Benutzung dieses debiti zur

1) T. D. de SCto Macedoniano (XIV, 6) T. C. ad SC. Maced. (IV, 28.). — §. 7. J. quod cum eo (IV, 7). — Theophilus ad h. l. — Weber, a. a. O. §. 88. — Glück, Comm. Band 14. §. 898 ff., S. 302 ff. — Roßhirt, a. a. O. S. 147 ff. — Büchel, a. a. O. Band II. S. 104. — v. Savigny, System. Band V. S. 374 f. — Christiansen, a. a. O. S. 106 ff. — Holtius, a. a. O. S. 18 ff. — Erxleben, a. a. O. S. 130 ff. — v. Savigny, Obl. R. Band I. S. 77 f. — v. Scheurl, a. a. O. S. 514. — Dietzel, das Senatus consultum Macedonianum, Leipzig 1856, besonders S. 138 ff. — Brinz, Pand. I. S. 393 f. — Bekker, über die Naturalobligationen, in seinem und Muther's Jahrbuche Bd. IV. S. 389 ff.

Compensation Bedenken erregen, weil darüber jedes besondere Quellenzeugniß fehlt.

Das SCtum selbst, dessen Wortlaut uns vorliegt[2]), enthält nun aber keineswegs die Bestimmung, daß die Darlehnsschuld des filiusfamilias eine naturalis tantum sei, sondern vielmehr nur das Verbot der actio; die Annahme der nat. obl. in diesem Falle erscheint daher lediglich als die von der Jurisprudenz gezogene Consequenz aus dem Mangel der actio. Das SCtum versagte dem Darleiher, wenn ein filiusfam. das Darlehn empfangen hatte, die actio und da man schon früher, oder wenigstens gleichzeitig an den Obligationen der servi und des filius mit dem pater kennen gelernt hatte, daß die Unbegründbarkeit der actio nicht nothwendig die ganze obligatio negirte, so mußte man in diesem Falle um so eher zu der Annahme einer nat. obl. kommen, als die klar vorliegende Absicht des Gesetzgebers nicht sowohl auf eine infirmatio totius obligationis [3]) gerichtet war, sondern nur die Contrahirung von Darlehnsgeschäften mit den filiisfam. dadurch verhindern wollte, daß er dem Darleiher ein jedes Recht zur Rückforderung abschnitt [4]).

---

2) L. 1. pr. D. h. t. — Verba Senatus consulti Macedoniani haec sunt: Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus crederet, placere, ne cui, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filiifamilias bonum nomen expectata patris morte fieri. (Ulp. lib. 29. ad Ed.) Zur Erklärung s. Theophil. ad §. 7. J. cit. Die schon in der Glosse und bei Brisson. de V. S. s. v. Macedo sich findende Deutung, daß der Macedo der foenerator sei, ist neuerdings wieder von Dietzel a. a. O. S. 70. Note 1. angenommen, allein schwerlich aus genügenden Gründen. — Ueber das „incertis nominibus" s. Rudorff, Röm. Rechtsgesch. Band I. S. 123. Note 9. — Vgl. auch Dietzel a. a. O. Note 2.

3) Wie bei dem SCtum Vellejanum — L. 16. i. f. D. ad SC. Vellej. (XVI, 1.) — quia totam obligationem Senatus improbat — welches keine nat obl. bestehen läßt. — S. oben Seite 161. Anm. 15.

4) §. 7. J. cit. Senatusconsultum prohibuit mutuas pecunias dare

Die Römischen Juristen interpretirten das Verbot der actio, welches das SCtum enthält, nach dem Willen, der Absicht des Gesetzgebers und bestimmten danach genau dessen Umfang und Wirkung in Bezug auf ein dennoch mit einem filius abgeschlossenes Darlehn [5]).

Das SCtum verweigert die actio ausnahmslos für ein jedes Gelddarlehn an einen filiusfamilias [6]), allein da der Gesetzgeber bei diesem Verbot offenbar nur Darlehn zu ungehörigen Zwecken im Auge hatte, Darlehn, durch welche die filii zu Verbrechen gegen die Väter verleitet wurden [7]), so erklärte man das SCtum für unanwendbar in solchen Fällen, in denen das Darlehn diesen Bedenken nicht unterlag, also namentlich, wenn der Vater um das Geschäft wußte, es genehmigte, oder gar den Auftrag dazu gegeben hatte [8]), wenn das Darlehn dem Vater selbst zu gut kam, entweder direct, oder so, daß dessen eigene Schulden oder Schulden des filius, für welche der pater zu haften hatte, damit gedeckt wurden [9]).

Ferner wird gerade aus Darlehnen von filii die actio versagt, und damit deutlich darauf hingewiesen, daß eben in der besonderen rechtlichen Stellung der filii, also in ihrer Vermögenslosigkeit, eine Veranlassung zu dem Verbot enthalten war, und daher erklärte man das SCtum für unanwendbar, wenn und soweit ausnahmsweise der filius ein eigenes Vermögen hatte. Das SCtum, sagte man, wollte die Darlehne verhindern, quia datio pecuniae parentibus perniciosa fuit, das war aber nicht der Fall, wenn der filius völlig selbständig, unabhängig von dem Vater, so viel eigenes Vermögen hatte, um die Darlehnsschuld bezahlen zu können, also wenn und soweit der filius

---

eis, qui in potestate parentis sunt, et ei qui credidit, denegatur actio. — Vgl. Christiansen a. a. O. S. 110.

5) Vgl. Erxleben a. a. O. — Bekker a. a. O. S. 391.

6) Vgl. auch L. 1. §. 2. L. 9. §. 2. D. h. t.

7) Quia datio pecuniae parentibus perniciosa videbatur. L. 3. §. 2. D. h. t.

8) L. 7. §. 11. L. 12. 16 D. — L. 2. 4. 7. C. h. t.

9) L. 7. §. 12—14. L. 17. D. — L. 2. 5. C. h. t. — L. 47. i. f. D. de solut. (XLVI, 3.)

ein peculium castrense hatte 10), oder ein quasi castrense peculium, oder, was dem sicherlich in diesem Punkte gleichzustellen ist, ein bonum adventicium irregulare 11). Unter diesen Voraussetzungen war die Realisation der Darlehnsschuld ohne Beeinträchtigung des Rechts des pater möglich, und die klagbare Haftung des filius für jenen ohne alle Gefahr, den filius selbst aber zu schützen gegen die actio, wenn er im Stande war zu zahlen, das, meinte man, sei nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen 12).

Der Zweck des SCti ist, zu verhindern, daß dem filius ein Darlehn gegeben und somit zu schlechten Dingen Vorschub geleistet werde. Das konnte nur erreicht werden, wenn man dem foenerator für immer die actio abschnitt, also auch gegen den debitor, nachdem er pater geworden 13). Dasselbe, was für

---

10) L. 1. §. 3. L. 2. D. h. t.

11) Vgl. Büchel a. a. O. S. 143. — v. Vangerow, Pand. Band I. Abth. 2. §. 245. — Sintenis, Civilrecht Band II. S. 511. — Gegen die Gleichstellung des pec. adv. irregulare mit dem pec. castrense: Seuffert, Pand. §. 312. Note 11. — vgl. auch Glück a. a. O. S. 349. Anm. 94.

12) Dietzel a. a. O. S. 150 f. will selbst das Vorhandensein eines pec. advent. regulare als einen Grund zur Ausschließung des SCti betrachtet wissen. Auch dieses pec. sei eigenes Vermögen des filius und daher komme der Umstand, daß das Darlehn invito et ignorante patre gemacht worden, nicht in Betracht, auch hafte der pater in diesem Fall überhaupt nicht de peculio; aus dem Recht des pater an dem pec. adv. regulare folge nur, daß die Zahlung daraus nicht ohne dessen Willen erfolgen könne, aber der filius werde zum judicatus und könne, sobald er von der pat. pot. frei, weder gegen die condictio ex mutuo, noch gegen die actio judicati die exceptio gebrauchen. — Dieser Ansicht steht aber entgegen, einmal, daß die Haftung des pater de peculio nicht der einzige Grund des SCti ist, ferner daß durch das bon. advent., welches unter der gubernatio und der Nutzung des pater steht, das Darlehn für diesen nicht weniger gefährlich ist, als wenn der filius überall Nichts hat, und endlich, daß nicht wohl zu erklären wäre, warum, wenn das beim advent. der Fall, nicht ebensowohl ohne dasselbe gegen den pater gewordenen filius, nachdem er eigenes Vermögen erworben, die actio wirksam sein sollte.

13) Siehe den Text des SCti und Paul. rec. sent. II, 10. §. 1. — Vgl. Sueton., Vespas. cap. 11. — Auctor Senatus fuit decernendi —

Darlehn, mußte ferner nothwendig auch für alle Geschäfte gelten, welche nur in fraudem SCti in anderer Form auftraten, materiell aber Darlehne enthielten, wie sie das SCtum verbot[14]), und ebenso mußte das SCtum auch gegen alle actiones ohne Unterschied angewandt werden, sobald dieselben nur überhaupt auf dem Grund einer verpflichtenden datio pecuniae ruhten[15]).

Wenn man nun annahm, daß nicht absolut jedes Darlehn an einen filius unter das Verbot des SCti fiel, und ferner, daß auch andere als Darlehnsklagen von diesem Verbot betroffen werden konnten, daß also aus dem Factum des Darlehns allein ebensowenig die Anwendbarkeit des SCti mit Gewißheit gefolgert werden konnte, wie aus einer anderen Form der erhobenen actio die Unanwendbarkeit desselben, so mußte man die Anwendung des SCti von der Berufung des Beklagten auf dasselbe abhängig machen[16]). Zur giltigen Haftung einer condictio ex mutuo gehört Nichts als die Behauptung des mutui an den Gegner; dessen Eigenschaft als paterfam. braucht die Klage nicht darzuthun. Erst wenn Beklagter sich auf seine Eigenschaft als filiusfam. und die Anwendbarkeit des SCti in diesem Fall beruft, kann die actio nur unter der Bedingung aufrecht erhalten werden, daß das Darlehn ausnahmsweise nicht gegen das SCtum ist.

So erscheint die obl. aus einem mutuum contra SCtum als eine obligatio civilis, welcher von vornherein eine exceptio perpetua entgegensteht[17]). Die actio ist, rein formal betrach-

---

ne filiorum familias foeneratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patrum quidem mortem. — Eine frühere Lex Claudia war gerade gegen Darlehn auf Rückzahlung nach dem Tode des Vaters gerichtet. — Tacit. Ann. XI, 12. — Rudorff, Röm. Rechtsgesch. Band I. S. 122.

14) L. 3. §. 3. L. 7. §. 3. D. h. t.

15) L. 7. §. 6. 7. D. h. t. — Vgl. L. 3. C. eod. — Dietzel a. a. O. S. 78.

16) Per exceptionem, quod est tutius. L. 34. §. 1. D. de O. et A. (XLIV, 7.) — Holtius a. a. O. S. 21.

17) Vgl. Dietzel a. a. O. S. 102 ff. — Zum Theil abweichend: Sintenis, Civilrecht Band II. S. 508. Note 40. — Aus den Anführungen des Klägers allein darf der Richter — abgesehen von dem undenk-

tet, begründet, beruft sich aber der Beklagte auf das SCtum, so stellt sich entweder sofort heraus, daß in diesem Fall, vermöge des im SC. enthaltenen jus singulare zur Begründung der actio die Behauptung der mutui datio nicht ausreicht, und die actio wird dem Kläger denegirt [18]); oder die actio wird mit der exceptio dem judex überwiesen, worauf dann, je nachdem die Untersuchung über die letztere ausfällt, der Beklagte condemnirt oder absolvirt wird. Hat dagegen der Beklagte die Berufung auf das SC. versäumt, so wird er dem Kläger condemnirt, nur hat er gegen die actio judicati wiederum die exc. SCti, weil, wie oben erwähnt, das SC. jede actio trifft, die sich materiell auf die perniciosa datio pecuniae stützt [19]). Der foenerator contra SCtum hat also eine actio, Klagerecht, insofern als seine Forderung an sich auch trotz des SC. als substantiirt erscheint, er hat aber kein Forderungsrecht, actio im materiellen Sinn, weil, sobald nur die Qualität des mutuum als eines unter das SC. fallenden zum Vorschein kommt, seine actio abgewiesen resp. von vornherein denegirt wird [20]). Diese

---

baren Fall, daß der Kläger geradezu selbst erklärte, seine actio sei gegen das SCtum — die Unzuständigkeit der actio nicht folgern, die actio nicht denegiren, denn er ist nicht im Stande zu wissen, daß nicht dennoch Gründe vorhanden sind, welche die obl. in diesem Fall dem SCtum entziehen.

18) Vgl. Dietzel a. a. O. S. 107. — Holtius a. a. O. S. 19 ff. will zwar für gewöhnlich, aber nicht immer eine exceptio annehmen, allein die von ihm S. 20. Note 1. angeführten Stellen beweisen nicht, daß die actio ex officio denegirt werde. Wenn aber Holtius besonders hervorzuheben bemüht ist, daß es nicht gerade die exceptio sei, welche die nat. obl. hervorbringe, daß vielmehr dieses Resultat auch dasselbe sein könnte, wenn ipso jure die actio nicht zustände, so ist das ganz richtig, kommt hier aber nicht weiter in Betracht.

19) L. 11. D. h. t. Tamen si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur SCti exceptione. Et ita Julianus scribit in ipso filiofamilias, exemplo mulieris intercedentis. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

20) Man darf daher auch nicht wohl mit v. d. Pfordten (Richter's Jahrb. 1841. Band 9. S. 11. und: de obl. civ. in nat. transitu. p. 12.) behaupten, die obl. contra SC. Maced. sei eine civilis, werde aber durch die exceptio zur naturalis. Sie entbehrt vielmehr von Anfang an der actio, die exc. ist nur die Form, in welcher dieser Mangel geltend gemacht wird. — Vgl. auch Dietzel a. a. O. S. 149.

doppelte Bedeutung einer actio hat es denn veranlaßt, daß der foenerator contra SCtum in den Quellen auch wohl creditor genannt ist[21], während zugleich der, dessen actio eine exceptio perpetua entgegensteht, nicht als creditor gilt[22].

Wenn also dem filiusfam. ein mutuum gegeben ist und dasselbe unter das SCtum fällt, so steht dem Geber eine actio, ein Forderungsrecht, nicht zu. Ist damit auch dem mutuum, dem Darlehnsgeschäft selbst der Character einer rechtsgiltigen causa solvendi abgesprochen oder nicht? An sich ist Beides möglich und der Wortlaut des SCti giebt darüber keine Auskunft[23]; zu der Annahme einer auch trotz des Mangels der actio giltigen causa solvendi kam man wieder durch Interpretation des gesetzgeberischen Willens. Wenn nämlich ein mutuum contra SCtum freiwillig, aber irrthümlich d. h. ohne daß der Zahlende weiß, daß die Voraussetzungen des SC. in dem betreffenden Fall vorhanden sind, gezahlt ist, so kann nicht repetirt werden[24], und zwar, weil dieses nicht die Absicht des Gesetzes bei dem Verbot der actio gewesen sei:

> L. 9. §. 4. D. h. t. — ipse filius et tamen non repetit, quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit (Ulp. lib. 29. ad Ed.)[25].

und ähnlich

> L. 40. pr. D. de cond. indeb. (XII, 6) — Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem

---

21) S. oben Seite 168. Anm. 34. — Vgl. auch S. 184.

22) Vgl. L. 112. D. de R. J. (L, 17.) — s. oben Seite 166.

23) S. Dietzel a. a. O. S. 102.

24) L. 14. i. f. D. de R. C. (XII, 1.) Denique per errorem soluti contra Senatusconsultum crediti magis est cessare repetitionem (Ulp. lib. 29. ad Ed.). — Das „magis est“ deutet darauf hin, daß der Ausschluß der repetitio nicht schon unmittelbar aus dem SCtum sich ergiebt, sondern erst das Resultat weiterer Erwägungen ist.

25) In Bezug auf das SC. Vellej., welches im Wortlaut dem SC. Maced. völlig gleichsteht, ist das entgegengesetzte Resultat ebenfalls aus dem Willen des Gesetzgebers abgeleitet. L. 8. §. 5. D. ad SC. Vellej. (XVI, 1): mulier — per SCtum relevatur. Vgl. oben Anm. 3.

Wenn dagegen das contra SC. Vellejanum Gezahlte condicirt werden kann, so läßt das Gesetz das solutum als völliges indebitum solutum erscheinen, und auch dieses Resultat wird ausdrücklich auf den Willen des Gesetzgebers zurückgeführt. Das SC. Vellej. soll nicht nur den Abschluß von Intercessionen verhindern, sondern eine jede materielle Benachtheiligung der Frauen aus solchen Geschäften.

Die exceptio perpetua ist stets Negation der actio, ob aber zugleich Negation der Schuld auch im Sinn des debitum sine actione kann in jedem einzelnen Fall nur aus dem materiellen Inhalt des Exceptionsrechts bestimmt werden [29]), und zur Ermittelung dieses Inhalts kann, falls die exceptio einem besonderen Gesetz ihren Ursprung verdankt, auch die irgendwie erkennbare Tendenz des Gesetzgebers dienen [30]). Die beiden obengenannten exceptiones sind daher nicht nothwendig die einzigen, auf welche sich diese Unterscheidung der introductio in favorem debitoris und in odium conditoris anwenden läßt, allein es muß für unzulässig erachtet werden, sämmtliche überhaupt vorkommende exce. perpetuae in die eine oder die andere dieser Klassen zu weisen und danach den Bestand oder Nichtbestand einer nat. obl. zu bestimmen [31]). Nur wenige exce. sind durch besondere gesetzliche Bestimmung eingeführt, und selbst diese wenigen lassen sich nicht sämmtlich auf eines dieser beiden Motive reduciren; von denjenigen exce., welche gleich von vornherein der actio entgegenstehen, dieselbe völlig unbegründbar machen — und von diesen Fällen haben wir hier allein zu reden —, bleiben in Wahrheit für das neueste Recht nur jene beiden exce. aus den genannten SCtis übrig [32]).

---

29) Christiansen a. a. O. S. 108 ff. — Dietzel a. a. O. S. 142.

30) v. Scheurl a. a. O. S. 514. — Erxleben a. a. O. S. 131.

31) v. Savigny, Syst. Band 5. S. 374 ff. — Christiansen S. 111. ff.

32) Außerdem kommt nur noch ein Fall vor, wo einer actio von vornherein eine exc. perp. entgegengestellt wird, welche in odium creditoris introducta est, nämlich wenn der, qui in poenam edicti quod quisque juris — — inciderit, nachher eine actio gegen den, zu dessen Gunsten das Edict lautet, erwirbt. L. 3. §. 6. D. quod quisque juris (II, 2.). Das Edict bezieht sich aber eigentlich auf Fälle, in denen erst nachträglich, durch späteres Verfallen des Berechtigten in

Die Einwendungen, welche man gegen diese Eintheilung der exceptiones gemacht hat, richteten sich denn auch immer gegen dieselbe als eine allgemeine sämmtlicher Exceptionen, und da man aus anderen, weiter unten zu nennenden Gründen eine solche völlig durchgreifende Eintheilung nicht entbehren zu können glaubte, so substituirte man dafür die in exc. juris civilis und juris gentium. Nach diesem Gegensatz ließen sich alle exc. eintheilen und danach, meinte man, könne auch der Bestand der nat. obl. stets beurtheilt werden, allein damit stand dann die Wirkung der exc. SC. Vellejani durchaus im Widerspruch, und, wenn man den Satz fallen läßt, daß natt. obll. Obligationen des jus gentium seien, so ist nicht einzusehen, wie die Begründung der exc. im j. civile oder im j. gentium irgend wie entscheidend sein soll für die Existenz der nat. obl.

v. Savigny, welcher im System[33]) diese letztere Eintheilung an die Stelle der quellenmäßigen setzte, hat sich denn auch im Obligationenrecht[34]) wieder mehr der alten Begründung angeschlossen. Er hebt zwar auch hier noch besonders hervor, daß das Verbot des SC. Macedoniani ein dem jus gentium fremdes sei, erklärt dann aber die Annahme einer nat. obl. daraus, daß man geglaubt habe „bei dem positiven Verbot gegen dieses Darlehn weniger streng eingreifen zu müssen", weil „schon die bloße Versagung der Klage ausreichend scheinen konnte, da sich der Wucherer schwerlich auf ein Geschäft einlassen wird, das nur in den Wirkungen der nat. obl. einen höchst zufälligen und unsicheren Schutz finden könnte." Danach ist es also auch die Tendenz des Gesetzes, welches das mutuum als giltige causa solvendi bestehen läßt.

Die Irrevocabilität der Zahlung des contra SCtum Geschuldeten kann aber als Bethätigung einer nat. obl. nur ange-

---

poenam edicti, die bis dahin vollwirksame actio aufgehoben wird, und erst in zweiter Linie erklärt es Julianus für „non sine ratione", daß auch der später begründeten actio gleich von vornherein die exceptio entgegen stehe. — Wir kommen daher unten in der folgenden Abtheilung auf diesen Fall zurück. — Vgl. noch Bekker a. a. O. S. 389.

33) Band V. S. 377.

34) Band I. S. 78. Vgl. indessen auch S. 115.

sehen werden, wenn die Zahlung von dem debitor selbst oder einem extraneus [35]) ausgeht, denn die von dem pater gemachte Zahlung erscheint stets als Zahlung eines civiliter debitum, weil in derselben eine Genehmigung der Schuld liegt [36]), wodurch diese dem SCtum entzogen wird. Der filius selbst kann aber durante p. p. nicht giltig zahlen, weil er Nichts hat, das mit fremdem Vermögen Gezahlte kann von dem Eigenthümer vindicirt werden [37]), und dieses gilt auch bei einer Zahlung aus dem peculium (profectitium), welches für eine dem SCtum unterworfene Schuld des filius nicht verhaftet ist [38]). Erst mit dem Eintritt der Consumtion des Gezahlten Seitens des Empfängers zeigt sich wieder das debitum solutum, die condictio ist nicht zulässig, weil das Gezahlte nicht sine causa an den cui debetur gekommen ist [39]). Der paterfam. gewordene debitor kann dagegen giltig aus eigenen Mitteln zahlen und hier ist auch die irrthümliche Zahlung giltig um des Bestandes der nat. obl. willen. Dasselbe gilt von einer theilweisen Zahlung:

> L. 7. §. 16. D. h. t. Si paterfamilias factus solverit partem debiti, cessabit SCtum, nec solutum repetere potest. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

Daß eine wissentliche d. h. von dem Bestehen der exc. SCti ausgehende Zahlung giltig und irrevocabel ist, versteht sich von selbst; sie wäre auch giltig bei einem völligen indebitum; es ist daher anzunehmen, daß der Jurist eine errore facta solutio im Auge hat. In diesem Falle gründet sich die Irrevocabilität auf das nat. debitum, und wenn hinzugesetzt wird:

---

35) Die freiwillige, wenn auch irrthümliche Zahlung eines extraneus ist immer giltig, wie die eines Intercedenten.

36) L. 7. pr. C. h. t. — Auch in theilweiser Zahlung Seitens des pater liegt eine Ratihabition der ganzen Schuld: L. 7. §. 15. D. h. t. Hoc amplius cessabit SCtum, si pater solvere coepit, quod filiusfamilias mutuum sumserit, quasi ratum habuerit. (Ulp. lib. 29. ad Ed.) — Vgl. Dietzel a. a. O. S. 136.

37) Vgl. auch L. 26. §. 9. D. de cond. indeb. (XII, 6.) s. oben Seite 195.

38) L. 6. pr. C. h. t.

39) Ueber L. 14. D. de R. C. (XII, 1) und L. 9. §. 1. D. h. t. s. oben Seite 192 ff. — Vgl. auch Dietzel a. a. O. S. 122 ff.

cessabit SCtum, so ist das nicht dahin zu verstehen, als ob durch solche Theilzahlung die exc. gegen die actio auf den nicht gezahlten Theil hinwegfiele, sondern das cessare heißt Nichts als daß, falls von dem debitor qui pater factus est die Zahlung gemacht worden, es überall nicht mehr in Betracht kommt, ob die Schuld unter das SCtum falle oder nicht[40]).

Gilt aber das mutuum trotz des SCti als rechtsgiltige causa solvendi, so ist dafür auch eine fidejussio möglich, und die Tendenz des Gesetzes, welches nur den filius und den pater gegen den foenerator schützen will, scheint einer Haftung des fidejussor nicht entgegenzustehen. Allein, wenn und soweit der Bürge gegen den filius einen Regreßanspruch hat, soll auch der actio ex fidejussione die exceptio SCti entgegenstehen, und der Bürge, ebenso wie der Hauptschuldner nur naturaliter obligirt sein mit dem Effect, daß das von ihm freiwillig Gezahlte nicht repetirt werden kann[41]). Hier ist also die aus dem Vorhandensein eines naturaliter debitum abgeleitete Möglichkeit einer fidejussio anerkannt, zugleich aber die Rechtswirkung derselben dem Inhalt des Gesetzes conform beschränkt, um den debitor selbst nicht indirect einer Klage aus dem mutuum auszusetzen. Wo daher dem fidejussor kein Regreßanspruch zusteht, ist die actio gegen denselben vollkommen wirksam[42]).

---

40) Francke a. a. O. S. 128., Puchta, Pand. §. 306. Note dd. — Sintenis a. a. O. Band II. S. 511. Anm. 51. — Dietzel a. a. O. S. 132. — Die ältere Literatur s. bei Glück a. a. O. S. 323 ff.

41) S. oben Seite 200. — Gegen die actio judicati hat der fidejussor ebenso die exceptio wie der filius; die L. 11. D. h. t. ist dem ganzen Zusammenhang nach auch auf den fidejussor zu beziehen. — Vgl. auch Dietzel a. a. O. S. 105 ff. — Dasselbe gilt für den Fall eines Judicats gegen den filius. — Dietzel a. a. O. S. 116.

42) Hat der filius erst, nachdem er pater geworden, die Bürgschaft bestellt, so steht dem Bürgen ebenfalls keine exceptio zu: cessat SCtum. Den debitor gegen die von ihm als pater begründete actio zu schützen, dafür liegt in dem SCtum kein Grund. — Eine von dem pater bei Lebzeiten des filius bestellte fidejussio entzieht die ganze obl. dem SCtum; nach dem Tode des filius bestellt, ist sie dagegen ungiltig, denn weil keine hereditas da ist, und der pater de peculio überhaupt nicht haftet, so fehlt es dann an jeder obl. für die fidejussio. — L. 11.

In gleicher Weise soll auch für das mutuum contra SCtum giltig ein Pfandrecht bestellt werden können [43]). Der filius selbst kann eine Pfandbestellung natürlich erst nach Aufhebung der pat. pot. vornehmen [44]), und der foenerator hat dann in der actio hypothecaria ein Mittel, sich bezahlt zu machen, indem gegen diese actio die exc. nicht gegeben wird.

L. 9. pr. D. h. t. Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, SCti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

Die Giltigkeit des Pfandrechts gründet sich auf das nat. debitum; nach der Tendenz des SCti müßte aber eigentlich der actio hypothecaria ebenso die exceptio entgegenstehen, wie der condictio ex mutuo [45]). Davon geht denn der Jurist auch offenbar aus, wenn er aber dennoch in diesem Fall die exc. denegirt, so geschieht das darum, weil in der Pfandbestellung wenigstens usque ad pignoris quantitatem eine Anerkennung der Schuld dem foenerator gegenüber enthalten ist, welche, wenn sie von dem pater gewordenen debitor ausgegangen, und in einer ihn bindenden Weise geschehen ist, trotz des SCtum sehr wohl aufrecht erhalten werden kann [46]).

Ist dagegen die Pfandbestellung von einem Dritten ausgegangen, so steht der actio hypothecaria ebenso wie der actio

---

D. de fidej. (XLVI, 1.) — Vgl. auch L. 18. D h. t. — Dietzel a. a. O. S. 59. 111.

43) Vgl. Büchel a. a. O S 139 ff.

44) Vorher selbst dann nicht, wenn der filius ein peculium und dessen libera administratio hat, denn das peculium haftet nicht für das debitum contra SCtum — vgl. L. 3. §. 2 i. f. D. h. t. — Auch wenn der filius nachher Erbe des Vaters geworden ist, und nun aus der von ihm als filius vorgenommenen Verpfändung mit der actio hyp. belangt wird, steht dieser actio die exc. SCti entgegen. vgl. Büchel a. a O. S. 141. 148.

45) Francke (civil. Abhh. S. 125 f.) will die Entscheidung der L. cit. allein schon aus dem Satz erklären, daß auch für eine nat. obl. die Verpfändung eine wirksame actio hypothecaria begründe, allein das schließt nicht aus, daß bei dieser nat. obl. der Grund, welcher die actio negirt, auch die a. hypoth. mit trifft.

46) Vgl. Roßhirt a. a. O. S. 153.

ex fidejussione die exceptio entgegen, freilich nur, müssen wir hinzusetzen, unter denselben weiteren Voraussetzungen, wie bei der fidejussio d. h. wenn der debitor regreßpflichtig ist, denn wiederum nur aus der Rücksichtnahme auf den debitor läßt sich die Zulassung der exceptio gegen die actio hypothecaria erklären [47].

Ebenso muß auch einem dritten Pfandbesitzer die exceptio zugestanden werden, falls der Besteller des Pfandrechts dieselbe hatte und dem Besitzer regreßpflichtig ist [48].

Die Bestellung eines Pfandes Seitens des Vaters begründet nicht nur eine der exceptio nicht ausgesetzte actio hypothecaria, sondern enthebt die ganze Schuld — zum Nachtheil des debitor und des Bürgen — dem SCtum, macht sie, als Anerkennung, zur civilis obligatio [49].

Ferner ist das mutuum contra SCtum eine hinlängliche causa zur Vornahme einer giltigen novatio [50]. Geschieht dieselbe vom pater, so wirkt sie völlig gleich der Zahlung, sie entzieht gleichsam nachträglich die obl. dem SCtum, da jede Art der Ratihabition Seitens des Vaters, für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, diese Wirkung hat. Dasselbe gilt von der Novation, welche der debitor, nachdem er pater geworden, vornimmt; auch in diesem Falle: »rationis est, non esse locum decreti amplissimi ordinis.« [51] Hier ist ebenfalls die Novatio wie Zahlung zu betrachten, sie hebt die obl. contra SCtum völlig auf, die neue aber, an ihre Stelle gesetzte obl. auch wieder unter das SCtum zu ziehen, dazu fehlte jede Veranlassung, sie ist eine von einem paterfam. ausgehende, mit dem früheren mutuum nicht zusammenhängende obligatio, und wenn für den Fall, daß die novatio von dem pater gewordenen debitor per ignorantiam facti d. h. ohne daß er von der Zuständigkeit der exc. in diesem Fall wußte, vorgenommen ist [52],

---

47) S. oben Seite 212 f.
48) Vgl. v. Savigny, Obl. R. I. S. 77.
49) Vgl. L. 7. C. h. t. — L. 12. pr. D. h. t.
50) Dietzel a. a. O. S. 125. 135.
51) L. 2. C. h. t. f. oben Seite 203. Anm. 32.
52) L. 20. D. h. t. Si is, cui dum in potestate patris esset, mutua

gegen die actio aus der nova obligatio eine exceptio in factum gegeben werden soll, so ruht das eben nur auf einer Billigkeitsrücksicht gegen den novirenden debitor. Die exceptio ist aber nicht die aus dem SCtum selbst, denn wie die Giltigkeit der novatio unabhängig ist von dem erwähnten Irrthum, so ist auch die neue obl. trotz dieses Irrthums dem SCtum fremd.

Der filius kann indessen auch durante pat. pot. seine Darlehnsschuld noviren. Die Fähigkeit seine eigene Schuld zu noviren, ist ihm im Allgemeinen nicht abzusprechen[53]), es fragt sich nur, ob er durch solche novatio seine ursprünglich klaglose Schuld in eine klagbare verwandeln könne, oder ob auch gegen die neue obl. die exc. SCti zuständig sei. Für die erstere Alternative haben wir in den Quellen ein Zeugniß in Bezug auf eine von Seiten des foenerator veranlaßte Delegation.

L. 19. D. de novat. (XLVI, 2.) Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idem est in ceteris similibus exceptionibus, imo et in ea quae SCto filiofamilias datur. Nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra SCtum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra SCtum sit, tanto magis quod hic nec solutum repetere potest. (Paul. lib. 69. ad Ed.)[54])

Wörtlich genommen fällt die promissio an den Delegatar nicht unter das SCtum, sie enthält eine rechtsgiltige solutio des contra SCtum Geschuldeten, welches ja überhaupt giltig gezahlt werden kann (tanto magis cet.), allein die Tendenz des SCtum scheint dringend die Zulassung der exceptio SCti auch gegen die actio aus solcher promissio zu verlangen, weil sonst der foenerator, wenigstens unter Mitwirkung des filius, die obl. ohne Zustimmung des pater in eine klagbare umwandeln, und

---

pecunia data fuerat, paterfamilias factus, per ignorantiam facti, novatione facta, eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit. (Pompon. lib. 5. SCtorum.) Vgl. Mühlenbruch im Archiv f. d. civ. Pr. Band II. S. 429.

53) Vgl. oben S. 306.

54) Dietzel a. a. O. S. 92 ff.

somit auch den pater einer actio aussetzen und überhaupt gerade dasjenige Resultat herbeiführen könnte, welches das SCtum verhindern will. Hat nun aber der pater auf die exceptio ein selbständiges Recht, so kann ihm dasselbe nicht durch den filius einseitig entzogen werden. Denn wenn wir auch die novatio der Zahlung gleichachten, so wäre dieselbe doch hier, falls sie auch den pater verpflichten sollte, gleich einer Zahlung aus dem Vermögen des Vaters. Wie aber eine solche Zahlung die obl. nicht tilgt, und dem pater die exc. nicht nimmt, so muß auch gegen die neue actio ex stipulatu dem pater die exc. zustehen. Die L. 19. cit. steht dem nicht entgegen, da sie des pater überall nicht erwähnt [55]). Für den filius selbst scheint man freilich zu demselben Resultate kommen zu müssen. Der Umstand, daß die obl. nicht die ex mutuo ist, kann allein die Anwendbarkeit des SCti nicht aufheben, wohl aber der, daß die exc. in odium creditoris eingeführt ist, und den neuen Gläubiger, welcher durch die Delegation an die Stelle des ursprünglichen getreten, dieses odium leicht treffen kann, da er nicht weiß resp. nicht zu wissen braucht, daß das der Delegation zu Grunde liegende Schuldverhältniß ein mutuum contra SCtum war. Diese Motivirung hebt denn auch der Schluß der L. 19. cit. in Bezug auf alle zu Anfang der Stelle genannten excc., also auch für die exc. SCti hervor [56]). Die Rücksicht auf den Gläubiger ist es, welche die exc. nicht aufkommen läßt, ähnlich wie in dem Fall, wo der Darleiher, obgleich der Empfänger ein filiusfam., Grund hatte, anzunehmen, daß er einem paterfam. das Darlehn mache [57]). Danach versteht es sich aber von selbst, daß wenn unter Mitwirkung des

---

55) Ebendas. S. 95.

56) Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire potest, quod inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est, aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur. Et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris. — Es ist also nur darum einerlei, ob der Delegatar weiß oder nicht weiß, weil sein Wissen als Nichtwissen angesehen wird.

57) L. 3. pr. §. 1. L. 19. D. — L. 1. C. h. t. — Vgl. Sintenis, Civilrecht Band II. S. 511. Anm. 50.

Delegatars in fraudem SCti gehandelt ist, auch dem filius gegen die actio ex stipulatu die exc. zusteht [58]).

---

58) Eine scheinbar entgegenstehende Entscheidung enthält: L. 7. §. 7. D. h. t. — Proinde si alius mutuum dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. Sed et si alteruter ignoravit in patris potestate esse se, verius dicendum est, utrique nocere. Idem est et in duobus reis stipulandi (Ulp. lib. 29. ad Ed.) Allein, wie gesagt, der Widerspruch ist nur scheinbar, denn hier liegt nicht, wie in L 19. cit. eine Delegation (Novation) vor, sondern es ist das Geschäft von Mehreren dermaßen abgeschlossen, daß nicht der Geber der mutua pecunia, sondern ein Dritter Gläubiger des Empfängers werden solle, und Letzteres ist dann bewirkt durch eine auf den Empfang hin von dem Empfänger an diesen Dritten gemachte promissio. Hier liegen nicht zwei Rechtsgeschäfte vor, eine mutui datio, welche dem Geber die condictio gewährt, und eine novandi causa vorgenommene stipulatio, welche die cond. certi ex stip. begründet, sondern es ist ebenso, wie wenn der Darleiher sich selbst die Rückzahlung promittiren läßt, nur ein Contract, una verborum obl. (L. 6. §. 1. L. 7. D. de novat. (XLVI, 2) L. 126. §. 2. D. de V. O. (XLV, 1)), und der condictio ex stip. aus einem solchen Contract, welcher, wenn auch nicht formell, so doch materiell ein mutuum ist, da der thatsächliche Grund der obl. eine datio pecuniae, steht die exceptio SCti entgegen. Dabei ist es gleichgiltig, ob diese actio von dem Darleiher selbst oder von einem Anderen erhoben wird, denn das SC. verbietet allgemein, nicht bloß dem foenerator selbst, die actio. — In dem ersten Satz der L. cit. wird nun, wie aus der Erwähnung des ignorare in dem zweiten hervorgeht, vorausgesetzt, daß Beide, Geber und Stipulator, wissen: accipientem et promittentem filiumfam. esse, und hier kann von dem stipulator nicht gesagt werden: dissimulare debet, denn die mutui datio gehört mit zu seinem Geschäft, sie ist die causa der stipulatio. — Dasselbe Resultat soll dann aber auch eintreten, wenn Einer oder der Andere von den Beiden — Geber oder Stipulator — die Eigenschaft des Empfängers als eines filiusf. nicht kennt. Natürlich ist hier an ein solches ignorare zu denken, welches die Anwendung des SCti aufhebt, und es fragt sich, ob das ignorare des Einen oder des Anderen zur Beseitigung der exc. genügt. Wenn das nun nicht der Fall sein soll, so erklärt sich das wieder daraus, daß die datio und stipulatio für ein Geschäft gelten, und daß es deßhalb richtiger ist (verius dicendum) nur beim Nichtwissen Beider — des Gebers und des stipulator — den Ausnahmsfall vom SCtum anzunehmen. Denn wenn der Geber weiß, daß er gegen das SCtum giebt, so ist die exc. gegen die daraus auch von einem Anderen und in anderer Form

Geschieht aber die Novation durch Expromission Seitens eines Dritten für den Schuldner, so müssen in Bezug auf die exceptio die oben für die fidejussio aufgestellten Regeln gelten. Die expromissio hebt freilich, anders als die fidejussio, die Schuld ex mutuo auf, allein wenn und soweit der Expromittent einen Regressanspruch gegen den filius hat, ist derselbe Grund für die Gewährung der exceptio an den Expromittenten, wie an den Bürgen vorhanden.

Eine novatio endlich zwischen dem debitor und dem foenerator während der Dauer der p. p. setzt allerdings auch an die Stelle der condictio ex mutuo eine actio ex stipulatu, allein auch der letzteren actio steht sowohl Seitens des pater als auch Seitens des filius die exc. SCti entgegen. In Bezug auf den Vater gilt das oben bei Gelegenheit der Delegation Gesagte, was aber den filius selbst angeht, so ist ein Verzicht desselben auf die exceptio nach dem Sinn des SCti für unwirksam zu halten, folglich auch die von dem filius an die Stelle der Darlehnsobligation gesetzte nova obligatio als unter das SCtum fallend zu betrachten. Denn fürchtete man, daß das mutuum dem filius eine causa sceleris werden möchte, und schnitt zur Vermeidung solcher Darlehne die actio ab, so konnte man unmöglich zugleich die Umgehung des Verbots auf diesem so nahe liegenden Wege gestatten, und durfte aus der nova obligatio dem foenerator um so weniger ein wirksames Forde-

---

erhobene actio begründet, die datio ist dem stipulator keine fremde, und er muß sich daher auch die Folgen der scientia des Gebers gefallen lassen. Weiß dagegen nur der stipulator, daß die datio contra SCtum ist, so macht die Zulassung der exc. ebenfalls keine Schwierigkeit, denn hier ist gerade von Seiten des Klägers contra SCtum gehandelt. — Die Anwendung dieser Regeln auf Correalgläubiger ergiebt sich von selbst. — Ueber die älteren Erklärungen der Glosse, bei Donellus und Glück s. Dietzel a. a. O. S. 90. — Dietzel's eigene Erklärung (S. 95), welche in L. 7. cit, wie in L. 19 cit. eine Delegation annimmt, und dann erstere im Gegensatz zur letzteren auch auf den pater bezieht, geht nach dem Vorstehenden von einer unrichtigen Voraussetzung aus, und bringt in die L. 7. cit. die Beziehung auf den pater hinein, ohne daß die Stelle dazu eine Veranlassung bietet.

In gleicher Weise soll auch für das mutuum contra SCtum giltig ein Pfandrecht bestellt werden können [43]. Der filius selbst kann eine Pfandbestellung natürlich erst nach Aufhebung der pat. pot. vornehmen [44], und der foenerator hat dann in der actio hypothecaria ein Mittel, sich bezahlt zu machen, indem gegen diese actio die exc. nicht gegeben wird.

L. 9. pr. D. h. t. Sed si paterfamilias factus rem pignori dederit, dicendum erit, SCti exceptionem ei denegandam usque ad pignoris quantitatem. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

Die Giltigkeit des Pfandrechts gründet sich auf das nat. debitum; nach der Tendenz des SCti müßte aber eigentlich der actio hypothecaria ebenso die exceptio entgegenstehen, wie der condictio ex mutuo [45]. Davon geht denn der Jurist auch offenbar aus, wenn er aber dennoch in diesem Fall die exc. denegirt, so geschieht das darum, weil in der Pfandbestellung wenigstens usque ad pignoris quantitatem eine Anerkennung der Schuld dem foenerator gegenüber enthalten ist, welche, wenn sie von dem pater gewordenen debitor ausgegangen, und in einer ihn bindenden Weise geschehen ist, trotz des SCtum sehr wohl aufrecht erhalten werden kann [46].

Ist dagegen die Pfandbestellung von einem Dritten ausgegangen, so steht der actio hypothecaria ebenso wie der actio

---

D. de fidej. (XLVI, 1.) — Vgl. auch L. 18. D h. t. — Dietzel a. a. O. S. 59. 111.

43) Vgl. Büchel a. a. O S 139 ff.

44) Vorher selbst dann nicht, wenn der filius ein peculium und dessen libera administratio hat, denn das peculium haftet nicht für das debitum contra SCtum — vgl. L. 3. §. 2 i. f. D. h. t. — Auch wenn der filius nachher Erbe des Vaters geworden ist, und nun aus der von ihm als filius vorgenommenen Verpfändung mit der actio hyp. belangt wird, steht dieser actio die exc. SCti entgegen. vgl. Büchel a. a O. S. 141. 148.

45) Francke (civil. Abhh. S. 125 f.) will die Entscheidung der L. cit. allein schon aus dem Satz erklären, daß auch für eine nat. obl. die Verpfändung eine wirksame actio hypothecaria begründe, allein das schließt nicht aus, daß bei dieser nat. obl. der Grund, welcher die actio negirt, auch die a. hypoth. mit trifft.

46) Vgl. Roßhirt a. a. O. S. 153.

ex fidejussione die exceptio entgegen, freilich nur, müssen wir hinzusetzen, unter denselben weiteren Voraussetzungen, wie bei der fidejussio d. h. wenn der debitor regreßpflichtig ist, denn wiederum nur aus der Rücksichtnahme auf den debitor läßt sich die Zulassung der exceptio gegen die actio hypothecaria erklären [47]).

Ebenso muß auch einem dritten Pfandbesitzer die exceptio zugestanden werden, falls der Besteller des Pfandrechts dieselbe hatte und dem Besitzer regreßpflichtig ist [48]).

Die Bestellung eines Pfandes Seitens des Vaters begründet nicht nur eine der exceptio nicht ausgesetzte actio hypothecaria, sondern enthebt die ganze Schuld — zum Nachtheil des debitor und des Bürgen — dem SCtum, macht sie, als Anerkennung, zur civilis obligatio [49]).

Ferner ist das mutuum contra SCtum eine hinlängliche causa zur Vornahme einer giltigen novatio [50]). Geschieht dieselbe vom pater, so wirkt sie völlig gleich der Zahlung, sie entzieht gleichsam nachträglich die obl. dem SCtum, da jede Art der Ratihabition Seitens des Vaters, für welche eine bestimmte Form nicht vorgeschrieben ist, diese Wirkung hat. Dasselbe gilt von der Novation, welche der debitor, nachdem er pater geworden, vornimmt; auch in diesem Falle: »rationis est, non esse locum decreti amplissimi ordinis.« [51]) Hier ist ebenfalls die Novatio wie Zahlung zu betrachten, sie hebt die obl. contra SCtum völlig auf, die neue aber, an ihre Stelle gesetzte obl. auch wieder unter das SCtum zu ziehen, dazu fehlte jede Veranlassung, sie ist eine von einem paterfam. ausgehende, mit dem früheren mutuum nicht zusammenhängende obligatio, und wenn für den Fall, daß die novatio von dem pater gewordenen debitor per ignorantiam facti d. h. ohne daß er von der Zuständigkeit der exc. in diesem Fall wußte, vorgenommen ist [52]),

47) S. oben Seite 212 f.
48) Vgl. v. Savigny, Obl. R. I. S. 77.
49) Vgl. L. 7. C. h. t. — L. 12. pr. D. h. t.
50) Dietzel a. a. O. S. 125. 135.
51) L. 2. C. h. t. s. oben Seite 203. Anm. 32.
52) L. 20. D. h. t. Si is, cui dum in potestate patris esset, mutua

gegen die actio aus der nova obligatio eine exceptio in factum gegeben werden soll, so ruht das eben nur auf einer Billigkeitsrücksicht gegen den novirenden debitor. Die exceptio ist aber nicht die aus dem SCtum selbst, denn wie die Giltigkeit der novatio unabhängig ist von dem erwähnten Irrthum, so ist auch die neue obl. trotz dieses Irrthums dem SCtum fremd.

Der filius kann indessen auch durante pat. pot. seine Darlehnsschuld noviren. Die Fähigkeit seine eigene Schuld zu noviren, ist ihm im Allgemeinen nicht abzusprechen[53]), es fragt sich nur, ob er durch solche novatio seine ursprünglich klaglose Schuld in eine klagbare verwandeln könne, oder ob auch gegen die neue obl. die exc. SCti zuständig sei. Für die erstere Alternative haben wir in den Quellen ein Zeugniß in Bezug auf eine von Seiten des foenerator veranlaßte Delegation.

> L. 19. D. de novat. (XLVI, 2.) Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris, cui quis delegatus est. Idem est in ceteris similibus exceptionibus, imo et in ea quae SCto filiofamilias datur. Nam adversus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra SCtum dederat, non utetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra SCtum sit, tanto magis quod hic nec solutum repetere potest. (Paul. lib. 69. ad Ed.)[54])

Wörtlich genommen fällt die promissio an den Delegatar nicht unter das SCtum, sie enthält eine rechtsgiltige solutio des contra SCtum Geschuldeten, welches ja überhaupt giltig gezahlt werden kann (tanto magis cet.), allein die Tendenz des SCtum scheint dringend die Zulassung der exceptio SCti auch gegen die actio aus solcher promissio zu verlangen, weil sonst der foenerator, wenigstens unter Mitwirkung des filius, die obl. ohne Zustimmung des pater in eine klagbare umwandeln, und

---

pecunia data fuerat, paterfamilias factus, per ignorantiam facti, novatione facta, eam pecuniam expromisit, si petatur ex ea stipulatione, in factum excipiendum erit. (Pompon. lib. 5. SCtorum.) Vgl. Mühlenbruch im Archiv f. d. civ. Pr. Band II. S. 429.

53) Vgl. oben S. 306.

54) Dietzel a. a. O. S. 92 ff.

somit auch den pater einer actio aussetzen und überhaupt gerade dasjenige Resultat herbeiführen könnte, welches das SCtum verhindern will. Hat nun aber der pater auf die exceptio ein selbständiges Recht, so kann ihm dasselbe nicht durch den filius einseitig entzogen werden. Denn wenn wir auch die novatio der Zahlung gleichachten, so wäre dieselbe doch hier, falls sie auch den pater verpflichten sollte, gleich einer Zahlung aus dem Vermögen des Vaters. Wie aber eine solche Zahlung die obl. nicht tilgt, und dem pater die exc. nicht nimmt, so muß auch gegen die neue actio ex stipulatu dem pater die exc. zustehen. Die L. 19. cit. steht dem nicht entgegen, da sie des pater überall nicht erwähnt [55]). Für den filius selbst scheint man freilich zu demselben Resultate kommen zu müssen. Der Umstand, daß die obl. nicht die ex mutuo ist, kann allein die Anwendbarkeit des SCti nicht aufheben, wohl aber der, daß die exc. in odium creditoris eingeführt ist, und den neuen Gläubiger, welcher durch die Delegation an die Stelle des ursprünglichen getreten, dieses odium leicht treffen kann, da er nicht weiß resp. nicht zu wissen braucht, daß das der Delegation zu Grunde liegende Schuldverhältniß ein mutuum contra SCtum war. Diese Motivirung hebt denn auch der Schluß der L. 19. cit. in Bezug auf alle zu Anfang der Stelle genannten exec., also auch für die exc. SCti hervor [56]). Die Rücksicht auf den Gläubiger ist es, welche die exc. nicht aufkommen läßt, ähnlich wie in dem Fall, wo der Darleiher, obgleich der Empfänger ein filiusfam., Grund hatte, anzunehmen, daß er einem paterfam. das Darlehn mache [57]). Danach versteht es sich aber von selbst, daß wenn unter Mitwirkung des

55) Ebendas. S. 95.

56) Ideo autem denegantur exceptiones adversus secundum creditorem, quia in privatis contractibus et pactionibus non facile scire potest, quod inter eum, qui delegatus est, et debitorem actum est, aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur. Et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris. — Es ist also nur darum einerlei, ob der Delegatar weiß oder nicht weiß, weil sein Wissen als Nichtwissen angesehen wird.

57) L. 3. pr. §. 1. L. 19. D — L. 1. C. h. t. — Vgl. Sintenis, Civilrecht Band II. S. 511. Anm. 50.

rungsrecht gewähren, als dasselbe offenbar in fraudem SCti begründet sein würde.

Ein natura debitum kann sich ferner auch als Grundlage für ein von dem debitor selbst vorzunehmendes constitutum bethätigen, mithin ist auch für das debitum contra SCtum die Möglichkeit eines solchen constituti zu behaupten. Es ist das freilich geleugnet unter Hinweis auf

> L. 3. §. 1. D. de const. pecun. (XIII, 5.) Si quis autem constituerit, quod jure civili debebat, jure praetorio non debebat i. e. per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur. Et est verum ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita juribus non est pecunia quae constituta est. (Ulp. lib. 27. ad Ed.) 59)

allein wenn auch der actio aus dem debitum contra SCtum eine exceptio entgegensteht, so ist dieses debitum doch nicht ein non debitum jure praetorio i. e. per exceptionem, vielmehr trotz der exceptio ein debitum, und die L. cit. daher auf ein mutuum des filiusfamilias nicht zu beziehen.

Wenn wir nun aber von der allgemeinen Regel ausgehen, daß das nat. debitum als Grundlage für ein Constitutum genügt 60), so ist die weitere Frage, ob denn nicht nach dem Inhalt und der Tendenz des SCti der actio aus dem constitutum ebenso, wie der aus dem mutuum die exceptio entgegensteht. Geht das Constitutum von dem debitor, nachdem er paterfam. geworden, aus, so ist die exceptio zu verneinen, denn wenn in der bereits angeführten Coderstelle 61) das gleiche Resultat, wie für die Novation, auch für den Fall behauptet wird: »si (debitor) alias agnovit debitum«, so ist das sicherlich von einem Constitutum zu verstehen 62). Da indessen das Constitutum nicht wie die Novation die alte Obligation aufhebt, die actio aus dieser also nach wie vor gegen den pater und die Intercedenten begründet ist, so wird diesen Personen die exceptio

---

59) Vgl. Dietzel a. a. O. S. 126.

60) S. oben Seite 202.

61) S. Seite 203. Anm. 32.

62) Francke a. O. S. 127.

nach wie vor zustehen und dem pater muß auch gegen die actio de constituta pecunia ebenfalls die exceptio zugestanden werden, da der debitor ihm dieses Recht nicht willkührlich entziehen kann.

Geht aber das Constitutum von dem filius während der Dauer der pat. pot. aus [63]), so kann der actio aus dem Constitut stets die exceptio opponirt werden. Das Constitutum hat also dann, wenngleich es an sich giltig, doch nicht die Kraft auf Grund dieser klaglosen Obligation eine klagbare hervorzubringen, denn wollte man, wenn das Constitutum gerade in der Absicht, eine wirksame actio zu begründen geschlossen wäre, diesen Erfolg zugestehen, so würde man dem Satz entgegentreten, daß der Verzicht des filius auf die exceptio ungiltig ist [64]). Wenn indessen, was ja möglich, das Constitutum etwa zu anderen Zwecken abgeschlossen ist, z. B. um den Inhalt der obl. zu modificiren, so ist das vollkommen rechtsgiltig, natürlich immer unter dem SCtum.

Was dann endlich die Compensation betrifft, über deren Anwendbarkeit auf das debitum contra SCtum wir ein specielles Zeugniß nicht haben, so darf der Ausspruch der L. 14. D. de compens. (XVI, 2), welche oben schon besprochen ist [65]), eben so wenig gegen die Möglichkeit, mit diesem nat. debitum zu compensiren, angeführt werden, wie die L. 3. §. 1. cit. gegen die Möglichkeit des Constituirens, und zwar gleichfalls weil die exceptio perpetua wohl die actio, in diesem Fall aber nicht das Compensationsobject, das debitum aufhebt. Es bleibt also wiederum nur die Frage, ob der Inhalt des SCti diese an sich für ein nat. debitum mögliche Bethätigung in diesem besonderen Falle ausschließt.

Das ist nun keineswegs zu behaupten. Das SCtum will allerdings dem foenerator ein jedes Recht abschneiden, allein die Befugniß zu compensiren erscheint, wie die allgemeine Zulassung derselben bei den natt. obll. anzeigt, nicht als eine Geltendma-

63) Die Fähigkeit des filius zur Vornahme eines constituti wird im Allgemeinen anerkannt. in L. 1. §. 3. D. de const. pec. (XIII, 5.).

64) Vgl. Glück a. a. O. S. 313.

65) S. oben Seite 219.

chung des Forderungsrechts Seitens des Compensanten, sondern als Zurückweisung der von der anderen Seite erhobenen actio unter der Erklärung, das nat. debitum als gezahlt ansehen zu wollen. — Läßt nun das SCtum eine solutio der obl. ex mutuo zu, und will es nur verhindern, daß der debitor und der pater zur Leistung rechtlich gezwungen werde [66]), und will es endlich die foeneratores von Eingehung solcher Geschäfte mit filiisfam. dadurch abhalten, daß es ihnen jede sichere Aussicht auf Realisation der Forderung entzieht [67]), so kann der Gebrauch dieses debiti zur Compensation unbeschadet der Tendenz des Gesetzes zugestanden werden. In der Compensation liegt kein positiver Zwang gegen den debitor und ebensowenig gewährt sie dem foenerator ein sicheres Mittel, das nomen zu einem bonum zu machen [68]). Ist nämlich die Möglichkeit zu compensiren immer schon durch den von dem Berechtigten unabhängigen Eintritt des Umstandes bedingt, daß der Schuldner sein, des Berechtigten, Gläubiger wird, so ist die Anwendung der Compensation mit einem debitum contra SCtum noch ganz besonders beschränkt, indem sie nur zulässig ist gegen eine von dem filius debitor nach Aufhebung der pat. pot. gegen den foenerator erworbenen actio. Denn wenn der foenerator dem filiusfamilias während der Dauer der pat. pot. schuldig wird, so gehört die auf eine compensabele Leistung — und die allein kommt hier in Betracht — gerichtete actio stets dem pater [69]), und diesem gegenüber kann der foenerator nur compensiren, wenn die Schuld ex mutuo den pater trifft, d. h. nicht unter das SCtum fällt. Gegen actiones des pater aus dessen eigenen Geschäften mit dem foenerator kann Letzterer ebenfalls nur unter der gleichen Beschränkung die Compensation anwenden.

---

66) Ne — exigendi crediti jus unquam esset — s. oben Seite 344. Anm. 13.

67) Siehe den Text des SCti am Ende. — S. 342. Anm. 2.

68) Vgl. auch Glück a. a. O. S. 312. — Roßhirt a. a. O. S. 148. — Dagegen, aber ohne Anführung eines Grundes: Sintenis a. a. O. Band II. S. 510.

69) S. oben Seite 314.

Die nat. obl. ist also auch in diesem Fall das Resultat der Unbegründbarkeit der actio für eine rechtsgiltige causa solvendi. Indem man das Verbot des SCtum allein auf das Recht des Darleihers bezog, es nicht als in der Absicht des Gesetzgebers liegend erklärte, den debitor zu exoneriren, kam man von selbst darauf, die obl. als überall da rechtlich existirend anzunehmen, wo dieselbe sich ohne actio bethätigen konnte, ganz eben so wie bei der Obligation der servi oder des filius mit dem pater der Mangel des Rechts die obl. als eine naturalis erscheinen ließ. Daß die nat. obl. aus dem mutuum contra SCtum in einigen Punkten anders umgrenzt ist, als die des servus und des filius cum patre, liegt darin, daß der Grund für die Nichtexistenz der actio ein anderer ist. Nicht die persönliche Stellung des filius an sich ist es, welche die actio abschneidet, sondern das über diese Stellung für den einzelnen Fall hinausgehende gesetzliche Verbot, dessen Tendenz wohl mit der Stellung des filius eng zusammenhängt, sich aber nicht schon von selbst daraus ergiebt. Weil das Verbot des SCtum seiner Tendenz nach auf die actio sich beschränkt, bleibt der Obligationsact unter den Regeln des jus commune, also als rechtsgiltige causa solvendi, und kann sich bethätigen, soweit es das Verbot des SCtum gestattet. Auf diese Weise fällt dann die obl. contra SCtum unter den Begriff der nat. obligatio.

§. 18.

Eine ganz eigenthümliche Anwendung dieses Begriffes von nat. obl. finden wir ferner bei den von einem impubes ohne tutoris auctoritas vorgenommenen verpflichtenden Rechtsgeschäften [1]).

---

1) Weber a. a. O. S. 71. — Glück a. a. O. Band IV. S. 64 ff. — Zimmern, Röm. RG. Band I, 2. S. 627. — Rudorff, Vormundschaft. Band II, §. 76. S. 280. — Roßhirt a. a. O. S. 130 ff. — Brandis in d. Ztschr. f. Civilrecht u. Proc. Band VII. S. 149 ff. Büchel a. a. O. Band II. S. 68 ff. — v. Vangerow a. a. O.

Ein impubes infantia major 2), mag er nun unter einer patria resp. dominica potestas stehen, oder sui juris sein, erwirbt aus Obligationen, in denen der andere Contrahent als Schuldner dasteht, die actio für seinen Gewalthaber resp. für sich selbst, er steht in Bezug auf die Fähigkeit zu solchem Erwerb dem pater vollkommen gleich 3).

Was dann aber auf der anderen Seite die Fähigkeit des impubes zur Uebernahme von obligatorischen Verpflichtungen anbetrifft, so ist zu unterscheiden. Aus Delicten, und was dem gleichsteht, Quasidelicten, wird der impubes, wenn überhaupt, dann civiliter obligirt, auch hier ist bei Delictsobligationen eine Unterscheidung zwischen civ. und nat. obl. nicht gemacht 4). Im früheren Recht ist die Haftung der impuberes aus Delicten wohl eine dem Gegenstande nach andere wie die der puberes, aber eine absolute d. h. von der Rücksicht auf die Individualität des Delinquenten unabhängige gewesen, im späteren Recht aber, in der Zeit zwischen Labeo 5) und Gaius, vielleicht vorzugsweise durch Julianus veranlaßt, auf dessen Aussprüche über diesen Punkt die späteren Juristen mehrfach recur-

---

Band I., 2. S. 570. — Unterholzner, Lehre v. d. Schuldverhältn. Band I. §. 78. — v. Savigny, Syst. Band III. S. 39 ff. — Christiansen a. a. O. S. 120. — Puchta, Pand. §. 237. und Vorlesungen dazu. — Sintenis, Civilrecht Band I. S. 140. — Erxleben a. a. O. S. 6. 125. — v. Savigny, Obl. R. Band I. S. 61 ff. — Brinz, Krit. Blätter, No. 3. S. 15 f. — v. Scheurl a. a. O S. 508. — Schultze, de naturali pupillorum obligatione, qui sine tutoris auctoritate contraxerunt, secundum principia juris Romani. Gryphiae 1854. Dazu Brinz in Schletters Jahrb. Band I. S. 19. — Brinz, Pand. S. 572. — Keller, in Bekker u. Muther, Jahrb. Band IV. S. 372 ff. — Die ältere Literatur s. bei Schultze l. l. §. 4—8.

2) Unter impuberes oder pupilli verstehen die Quellen oft alle Kinder bis zum vierzehnten resp. zwölften Jahre; die dann darin begriffenen infantes entbehren aber der Handlungsfähigkeit.

3) Vgl. L. 1. §. 13. D. de O. et A. (XLIV, 7). Gai. III. §. 107.

4) Vgl. Goldschmidt, Von der Verpflichtung der Unmündigen, im Archiv f. die civilist. Praxis. Band XXXIX. S. 417 ff.

5) L. 5. §. 2. D. ad L. Aquil. (IX, 2). L. 13. §. 1. D. de dolo malo (IV, 3).

riren[6]), fing man an, die Haftung des impubes aus einem Delict von dessen Einsicht in dasselbe, der doli capacitas, in jedem einzelnen Fall abhängig zu machen[7]). Hat der Delinquent diese Eigenschaft, so haftet er civiliter, im entgegengesetzten Fall liegt gar keine Delictsobligation vor. Zu Gaius Zeiten war das noch nicht ganz unbestritten[8]), ist aber nachher bald anerkannt, und wird im Justinianischen Recht zweifellos hingestellt[9]).

Diese civile Haftung des impubes wegen dolus und injuria ist dann ferner nicht abhängig von der Form einer Delictsklage, sondern auch der in Verbindung mit einem Rechtsgeschäfte vom impubes begangene dolus u. s. w. begründet gegen denselben die actio und dann natürlich die actio ex contractu[10]).

Ebenso ist der impubes überall civiliter verhaftet: »ubi ex re actio venit«[11]), denn hier ist die Obligation von persönlichen Eigenschaften des Schuldners so völlig unabhängig, daß auch z. B. ein furiosus giltig verpflichtet wird.

Aus obligatorischen Rechtsgeschäften soll dagegen der impubes sui juris nur verhaftet sein, wenn dieselben unter Zuziehung des tutor, tutoris auctoritate, abgeschlossen sind.

Gai. III. §. 107. Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen, ut, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit,

---

6) L. 23. D. de furt. (XLVII, 2). — Goldschmidt a. a. O. S. 447.
7) Goldschmidt a. a. O. S. 447.
8) Gai. III. §. 208. — vgl. L. 111. D. de R. J. (L, 17.)
9) §. 18. J. de obll. quae ex del. (IV, 1.)
10) L. 1. §. 15. D. depositi. (XVI, 3.) — L 3. §. 2. D. de tribut. act. (XIV, 4) v. Savigny, System III. S. 43 f. — Vgl. auch Büchel a. a. O. S. 71.
11) L. 46. D. de O. et A. (XLIV, 7). — Beispiele s. bei Schultze l. l. pag. 7. not. 8. — Auch die Delictsobligationen werden als die ex re venientes bezeichnet. — Ebenso werden die impuberes domini durch die obll. ihrer servi, die ein peculium haben, obligirt. Da aber ein impubes auch nicht einmal tutoris auctoritate ein peculium constituiren kann, so setzt dieses voraus, daß der Vorgänger des impubes das peculium bestellt hat. — L. 3. §. 3. D. de pecul. (XV, 1.) — vgl. auch L. 17. §. 2. D. de instit. act. (XIV, 3.) L. 11. D. eod.

adhibeatur, velut, si ipse obligatur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest [12]).

Diese Möglichkeit einer Obligirung durch Beiziehung des tutor zu dem Rechtsgeschäft ist aber für den impubes alieni juris nicht vorhanden.

L. 141. §. 2. D. de V. O. (XLV, 1) Pupillus, licet ex quo fari coeperit, recte stipulari potest, tamen si in parentis potestate est, ne auctore quidem patre obligatur: pubes vero, qui in potestate est, proinde ac si paterfamilias, obligari solet. Quod autem in pupillo dicimus, idem et in filiafamilias impubere dicendum est. (Gai. lib. 2. de V. O.)

Wenn indessen und soweit der impubes aus einem Rechtsgeschäft bereichert worden ist — in quantum locupletior factus est — soll auch dann die civile Haftung des pupillus eintreten, wenn derselbe ohne Zuziehung des tutor gehandelt hat. Die Römischen Juristen berufen sich dafür mehrfach auf ein Rescript des D. Pius [13]), und da sie es ausdrücklich hervorheben, daß erst post rescr. D. Pii der pupillus auf die Bereicherung civiliter obligirt sei, so müssen wir, wenigstens in dieser Allgemeinheit, die actio als erst durch das Rescript eingeführt annehmen, was indessen nicht ausschließt, daß nicht schon vorher die Bereicherung des impubes seine Nichthaftung in einzelnen Punkten modificirt habe [14]). Auch nach dem Rescript ist es nicht unmittelbar das Rechtsgeschäft, welches den impubes bindet, sondern wie schon oben angeführt worden, das reine factische Haben, also daß und soweit die obligatio ex re venit [15]), und sie heißt in diesem Sinne

---

12) Vgl. §. 9. J. de inutil. stip. (III, 19.) Daraus ist zu ergänzen L. 1. §. 13. D. de O. et A. (XLIV, 7) — Nam qui loqui potest, creditur et stipulari et promittere recte posse. (Gai. lib. 2. aureor.)

13) L. 5. pr. D. de auct. tut. (XXVI, 8). L. 1. §. 2. L. 3. pr. D. commod. (XIII, 6). L. 3. §. 4. D. de neg. gest. (III, 5). L. 9. 10. D. de instit act. (XIV, 3).

14) Dieses gilt namentlich von der aus der Bereicherung zu entnehmenden exceptio doli. — Vgl. L. 4. §. 4. D de exc. doli mali (XLIV, 4). — L. 15. D. de solut. (XLVI, 3). — Keller a. a. O. S. 374. — v. Savigny, Obl. R. I. S. 63.

15) Diese Auffassung ergiebt sich daraus, wie in diesem Fall der Begriff

naturalis obl. [16]) Darum ist die nach dem Rescript auf die Bereicherung gerichtete Klage auch nur eine actio utilis [17]).

Abgesehen aber von dieser Bereicherung wird in zahlreichen Stellen für den Fall, daß der impubes allein, also der impubes sui juris ohne tutoris auctoritas, den Obligationsact geschlossen hat, das Vorhandensein einer obligatio geleugnet. Denn nicht nur heißt es von der obl. pup.: nulla petitio est [18]), non tenetur pupillus [19]) oder auch selbst non est obligatus pupillus [20]), sondern es wird in noch stärkeren Ausdrücken von dem pup. gesagt: »nihil debet p.« [21]); von dem Obligationsact selbst heißt es ferner: nihil actum est [22]), und die ganze obl. des pup. wird geradezu eine nulla obligatio [23]) genannt.

Danach kann es nicht zweifelhaft sein, daß aus obligatorischen Rechtsgeschäften des impubes sine tut. auctoritate, und zwar aus allen solchen Rechtsgeschäften,

> L. 9. pr. D. de auct. tut. (XXVI, 8) Obligari ex omni contractu pupillus sine tutoris auctoritate non potest. (Gai. lib. 12. ad Ed. prov.)

---

der Bereicherung gefaßt ist. — L. 47. pr. D. de solut. (XLVI, 3). — L. 37. D. de neg. gest. (III, 3.)

16) S. oben Seite 78.

17) S. außer den oben Anm. 13. genannten Stellen L. 66. D. de solut. (XLVI, 3). — L. 1. pr. D. de auct. tut. (XXVI, 8.) — jure pupillam non teneri — — sed dandam actionem. — L. 3. pr. D. commod. (XIII, 6.)

18) L. 127. D. de V. O. (XLV, 1) s. oben S. 169.

19) L. 33. D. pro socio (XVII, 2). L. 7. §. 1. D. de rescind. vend. (XVIII, 5). L. 1. pr. D. de auct. tut. (XXVI, 8). L. 1. §. 2. D. commod. (XIII, 6.)

20) Gai. III §. 119. — Pr. J. de auct. tut. (I, 21) — L. 1. §. 2. D. de const. pec. (XIII, 5). — L. 8. §. 15. D. ad SC. Vellej. (XVI, 1). — L. 8. pr. D. de a. v. o. h. (XXIX, 2). — L. 1. C. de inutil. stipul. (VIII, 39) — und mehrere andere schon angeführte Stellen.

21) L. 25. §. 1. D. quando dies legat. (XXXVI, 2) s. oben S. 181. Anm. 55.

22) L. 7. §. 1. D. de rescind. vend. (XVIII, 5).

23) Gai. III. §. 176. — §. 3. J. quib. mod. obl. toll. (III, 29.)

eine actio gegen den pupillus nicht begründet ist. Es entsteht nun aber die Frage, ob diese Negation der petitio, der obligatio u. s. w. lediglich auf die actio zu beziehen, die obl. pup. also für eine naturalis anzusehen ist, oder ob derselben jede rechtliche Existenz und rechtliche Bedeutung überhaupt denegirt worden.

Auf den ersten Blick scheint es fast, als ob unsere Quellen sich eben so bestimmt für die eine wie für die andere Auffassung ausgesprochen haben, daß sie zugleich die nat. obl. leugnen und behaupten.

Die bereits angeführten Stellen scheinen sich weit einfacher und leichter von der Negation der ganzen Obligation als bloß von der der actio verstehen zu lassen. Denn wenn von dem ohne Beiziehung des tutor abgeschlossenen Commodat gesagt wird, es sei gar kein commodatum 24), wenn ferner der ohne tutor handelnde pupillus mit dem prodigus und dem furiosus, die anerkannter Maßen auch nicht einmal naturaliter sich obligiren können, zusammengestellt wird 25), so scheint damit doch mehr als der Mangel der actio angedeutet zu sein. Auch die Ausdrücke non obligatur und nulla obligatio kommen für nat. obll. sonst nur selten vor, und es muß auffallen, sie hier gerade so oft gebraucht zu finden. Mehr noch muß für den Mangel an jeder obl., auch einer naturalis, das »nihil debet pupillus« 26) sprechen, da sonst ganz allgemein das nat. debitum doch als debitum aufgefaßt wird. Auch das »nihil actum est« läßt eher eine vollkommene, als eine theilweise Ungiltigkeit vermuthen.

Noch stärker leugnet die obl. die bereits oben angeführte L. 59. D. de O. et A. (XLIV, 7) 27), denn wenn ne quidem jure naturali der Pupill obligirt ist, so liegt es doch am

24) L. 1. §. 2. D. comm. (XIII, 6) — quoniam non consistit commodatum in persona pupilli sine tutoris auctoritate. — In §. 2. J. quibus alienare licet (II, 8) heißt es von dem impubes, der ohne tutoris auctoritas ein Darlehn gegeben hat: non contrahit obligationem.

25) L. 29. D. de cond. ind. (XII, 6.)

26) L. 25. §. 2. D. quando dies (XXXVI, 2).

27) S. oben Seite 79.

Nächsten, damit jedes Obligirtsein für negirt anzunehmen. Selbst nach dem jus naturale ist der pupillus nicht obligirt, wie in einer anderen Stelle dieses selbe Resultat unter Berufung auf das jus civile erwähnt wird [28]).

Jedes Bedenken gegen die Leugnung einer nat. obl. scheint aber ungerechtfertigt Angesichts des Ausspruchs des Neratius: Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit, solverit, repetitio est, quia nec natura debet [29]). Das auf Grund einer sine tutore gemachten promissio Gezahlte kann repetirt werden, weil es auch nicht einmal ein natura debitum ist. Man hat die Bedeutung dieser Stelle für die Negation eines natura debitum zu schwächen gesucht, indem man die Zulässigkeit der repetitio daraus ableitete, daß die solutio hier eben so, wie die promissio, als sine tutore geschehen gemeint sei, und schon darum, weil der pupillus ohne tutor keine Veräußerung vornehmen könne, ungiltig sei. Die Bemerkung: quia nec n. debet sei dann nur ein anderer Ausdruck für die Ungiltigkeit der solutio, da ein nat. deb. eine giltige Zahlung bewirke [30]). Allein diese und ähnliche Erklärungen, die alle von dem offenbaren Bestreben ausgehen, hier eine nat. obl. zu finden, scheitern an dem klaren Wortlaut der Stelle, der unzweifelhaft den Mangel des nat. debitum

28) L. 43. D. de O. et A. (XLIV, 7.)

29) L. 41. D. de cond. ind. (XII, 6.) S. oben Seite 189.

30) Z. B. Büchel a. a. O. S. 81 f. — v. Vangerow a. a. O. S. 595. — Schultze l. l. pag. 46. — Brandis a. a. O. S. 149. erklärt die repetitio daraus, daß die nat. obl. des pup. nicht die Wirkung der exceptio habe. Das kommt dem Richtigen schon etwas näher, allein abgesehen davon, daß die nat. obl. überall nicht die Wirkung der exc. hat — f. oben Seite 171 f. —, paßt doch auch hierzu nicht der angegebene Grund, nämlich daß der debitor nec natura debet, denn dieses ist doch ein Anderes, als natura debere, aber nur gerade gegen die repetitio aus besonderen Gründen keine exceptio haben — Das geleugnete natura debitum von dem klagbaren n. deb. (L. 5. pr. D. de auct. tut. (XXVI, 8) zu verstehen — Scheurl a. a. O. S. 508. — liegt kein Grund vor, und doch wäre ein solcher um so mehr zu fordern, als die Bezeichnung einer klagbaren obl. mit naturalis die seltenere ist, regelmäßig nat. obl. die klaglose Obl. bedeutet.

als Grund für die repetitio hinstellt [31]). Daß in der Stelle die Zahlung als eine sine tut. auctoritate geschehene anzusehen ist, scheint allerdings der Fassung am angemessensten [32]), aber das Mangelhafte der solutio kann allein die Entscheidung nicht rechtfertigen, sondern auch unter dieser Voraussetzung müssen wir auf den ausdrücklich angeführten Grund: »quia nec nat. debet« zurückkommen. Die Repetitionsbefugniß des impubes ist noch in einer anderen Stelle erwähnt, nämlich in

L. 29. D. de cond. ind. (XII, 6) Interdum persona locum facit repetitioni, utputa si pupillus sine tutoris auctoritate, vel furiosus, vel is, cui bonis interdictum est, solverit; nam in his personis generaliter repetitioni locum esse non ambigitur. Et si quidem extant nummi, vindicabuntur, consumtis vero condictio locum habebit (Ulp. lib. 2. Disput.) [33]).

Hier wird die repetitio des ohne tutor vom pupillus Gezahlten genauer zergliedert, sie ist nämlich vindicatio und nach der Consumtion condictio.

Halten wir dagegen nun aber drei andere Stellen, welche auch von einem solvere sine tutoris auctoritate reden:

L. 14. §. 8. D. de solut. (XLVI, 3.) Pupillum sine tutoris auctoritate nec solvere posse, palam est. Sed si dederit nummos, non fient accipientis, vindicarique poterunt. Plane si fuerint consumti, liberabitur. (Ulp. lib. 30. ad Sabin.)

L. 9. §. 2. D. de auct. et cons. tut. (XXVI, 8.) Pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris auctoritate nihil agit, quia nullum dominium transferre potest. Si tamen creditor bona fide pecuniam pu-

31) Vgl. auch Brinz, in Schletters Jahrb. I. S. 20.

32) Brinz, in der angeführten Recension scheint das nicht gelten lassen zu wollen, denn er hebt hervor, die L. cit. versage die Rückforderung des Gezahlten überhaupt, nicht bloß des sine tut. auct. Gezahlten. — Wir werden aber unten sehen, daß die solutio cum tutore irrevocabel ist, also die im Text gegebene Auffassung nothwendig.

33) Die gleiche Repetitionsbefugniß findet auch bei einem sine tutore credendi causa datum statt. §. 2. J. quib. al. lic. (II, 8.)

pilli consumserit, liberabitur pupillus. (Gai. lib. 12. ad Ed. prov.)

L. 19. §. 1. D. de R. C. (XII, 1) Si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi causa dederit, consumta pecunia condictionem habet, vel liberabitur non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum, qui acceperit pervenisse. (Julian. lib. 10. Dig.)[34]

Der Gegensatz dieser Stellen mit der L. 29. cit. in Bezug auf die consumta pecunia ist nur dann auszugleichen, wenn wir in L. 29. ebenso wie in L. 41. cit. eine obl. sine tut. und in den übrigen Stellen eine obl. cum tutore annehmen[35].

---

34) Die condictio bezieht sich auf das credendi causa, die liberatio auf das solvendi causa datum.

35) Büchel a. a. O. S. 81. und nach ihm Andere, z. B. v. Vangerow a. a. O. S. 595. wollen die L. 29. cit. von einer jeden Zahlung des pupillus sine tutore verstehen, und nur in dem Fall, in welchem eine actio gegen den pupillus zustand, eine exc. doli gestatten. Allein die L. 14. §. 8. cit., L. 9. §. 2. cit. und L. 19. §. 1. cit. schließen doch die condictio entschieden aus und zwar auf Grund der Anerkennung einer obl. Daher kann der Mangel der auctoritas allein den Satz der L. 41. cit. nicht rechtfertigen. — In L. 29. cit. liegt an sich auch kein Grund dieselbe absolut auf jede obl. pup. zu beziehen; denn die Begründung der condictio auf die persona und das generaliter läßt verschiedene Deutungen zu. — vgl. Roßhirt a. a. O. S. 132. — Brinz, Pand. S. 420. — Ebenso wenig beweist sicher, daß in L. 13. §. 1. D. de cond. ind. (XII, 6) — s. oben Seite 81. — die Zahlung selbst der Bereicherung nur als von einem pubes factus geschehen hingestellt ist. — Büchel a. a. O. S. 82. — Die Stelle kann zu keiner über ihren wirklichen Ausdruck hinausgehenden Argumentation gebraucht werden, denn sie ist entweder schlecht gefaßt oder interpolirt, wenigstens an einen unpassenden Platz gesetzt. — Nehmen wir auf die Bestimmung des rescr. D. Pii Rücksicht, so ist es auffallend, die obl. mit der nat. obl. der servi zusammengestellt, für dieselbe die Ausschließung der soluti repetitio hervorgehoben, und dafür in L. 14. eod. die aequitas als Grund angeführt zu sehen, da dann doch eine klagbare obl. vorliegt. Nehmen wir aber an, daß der Jurist von dem rescr. D. Pii abgesehen habe, so ist wieder die Erwähnung der Zahlung durch den pubes factus überflüssig, denn soweit die Bereicherung geht, müßte auch gegen die vom impubes gemachte solutio die repetitio ausgeschlossen sein — s. oben Anm. 14. —, und wenn wir gerade

Die liberatio des debitor nicht durch die Zahlung, wohl aber durch die Consumtion, stimmt dann auch völlig mit dem schon erwähnten Princip des Marcellus in Betreff der condictio sine causa überein [36]). Die Zahlung einer giltigen Schuld durch den pupillus ohne tutoris auctoritas ist ganz gleich der Zahlung mit fremden Geldern [37]). Wäre nun der pupillus, der ohne tutor contrahirt hat, auch nur naturaliter obligirt, so müßte nach geschehener Consumtion die condictio ausfallen, ebenso wie sie Marcellus gerade auch wegen eines nat. debitum in der gedachten Stelle ausfallen läßt. Die Zulässigkeit der condictio ist also nur erklärlich daraus, daß: pupillus nec natura debet.

Diesem klaren Zeugniß von dem nec natura debere des pupillus, der sine tutore contrahirt hat, steht nun aber eine ganze Reihe von Stellen gegenüber, welche sowohl ausdrücklich die Existenz der nat. obl. unter diesen Voraussetzungen bezeugen, als auch aus der obl. pup. Rechtsfolgen ableiten, die sich bei dem Mangel der actio nur auf eine nat. obl. zurückführen lassen.

L. 25. §. 1. D. quando dies leg. (XXXVI, 2) s. den ersten Theil des Fragments oben Seite 181. Anm. 55. Contrarium non est, quod si medio tempore legatarius moriatur et postea — — pecuniam pupillus ex-

---

an der Zahlung durch den pubes factus festhalten, so ist die Erwähnung der Bereicherung, und die Begründung in L. 14. überflüssig, da dann auch abgesehen von aller Bereicherung die repetitio ausgeschlossen ist. Für den Zusammenhang der L. 13. cit. scheint es am nächstliegenden, die Erwähnung der Bereicherung für eine Interpolation anzusehen (vgl. Keller a. a. O. S. 377.), dann handelte die ganze Stelle von der klaglosen Obligation. Danach läge denn freilich auch der Grund der verschiedenen Entscheidung über die n. o. in der Giltigkeit oder Ungiltigkeit der solutio, allein es wird unten zu zeigen sein, wie auch bei Annahme eines non debitum die solutio des pubes factus die Bedeutung eines irrevocabelen soluti erhalten kann.

36) S. oben Seite 193.

37) Vgl. den Schlußsatz der L. 19. §. 1. cit. — s. oben S. 194. Anm. 16.

solvat, heres legatarii petitionem habet. (Papin. lib. 18. Quaest.) [38])

Was Jemand natura schuldet, kann nicht der cui debetur einem Dritten dermaßen legiren, daß diesem ein Recht auf das debitum zusteht, weil der Legirende selbst kein Recht hat [39]). Man kann es aber auch als ein legatum dessen, was der Schuldner zahlen wird, auffassen, und dann ist es giltig, dem Legatar ist eine actio gegen den Erben zu gewähren, sobald dieser Zahlung erhalten hat. Das soll auch gelten für das debitum pupilli. Grund des debiti ist ein ohne tut. auct. geschlossener Darlehnscontract, der pup. ist nicht bereichert, ein praesens debitum wird geleugnet, zugleich aber dasselbe in Bezug auf die futura solutio [40]) eine nat. obl. genannt und die Giltigkeit der solutio Seitens des pupillus dadurch anerkannt, daß auf dieses solutum dem Legatar eine actio gegeben wird.

L. 21. pr. D. ad L. Falcid. (XXXV, 2) Si pupillus, cui sine tutoris auctoritate decem mutuo data sunt, legatum a creditore meruerit sub hac conditione, si decem quae acceperit, heredi reddiderit, una numeratione et implet conditionem et liberatur naturali obligatione, ut etiam in Falcidia heredi imputentur, quamvis non imputarentur, si tantum conditionis implendae causa data fuissent [41]). Adeo autem et solvere vide-

38) Gegen die Erklärung, welche diese Stelle bei Puchta a. a. O. Note h. gefunden hat, s. v. Savigny, Obl. R. I. S. 69. Note z.

39) Schultze l. l. pag. 53. meint, es sei „non plane justum a Papiniano dictum", daß das Legat als ein legatum debiti praesentis, nullius momenti sei, denn wenn auch der Legatar keine actio habe, so habe er doch, si naturale nomen legatum est, Exceptions- und Compensationsrecht, und unter den erforderlichen Umständen die Pfandklage. — Hier zeigt sich, zu welchen unrichtigen Resultaten die Annahme eines naturale nomen, einer Naturalforderung, und eines Exceptionsrechts dessen, cui debetur naturaliter, führt.

40) Die futura solutio weist auf eine Zahlung Seitens des pubes factus debitor hin.

41) L. 76. D. ad L. Falcid. (XXXV, 2.)

tur, ut repudiato legato, vel Sticho, qui legatus est, mortuo, nihil repetere possit. (Paul. lib. 12. Quaest.) [42])

Das Darlehn ist sine tut. auct. gegeben, von Bereicherung ist nicht die Rede, wollte man wegen der Erwähnung eines creditor eine solche annehmen, so ist doch die ganze Argumentation darauf nicht gestützt, wie aus dem nihil repetere hervorgeht [43]). Die ganze Schuld ist giltig gezahlt, und zwar so sehr gilt die Leistung als solutio, daß nicht nur die imputatio in Falcidiam stattfindet, sondern auch durch Wegfall des Legats, wodurch die Leistung ihre Bedeutung als impletio conditionis verliert, dieselbe nicht revocabel wird [44]).

L. 64. pr. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1) —, den Anfang s. oben S. 178. — Et si ejus mihi restituta sit hereditas, qui pupillo sine tutoris auctoritate crediderit, si solverit mihi pupillus, non repetet; at si heredi solverit, repetet, non repetiturus, si ante restitutionem solvisset. (Maec. lib. 4. fid.)

Hier ist wieder ohne Rücksichtnahme auf Bereicherung das debitum pup. sine tut. auct. aus einem Darlehn nat. obl. genannt; die von dem heres pupilli ausgehende Zahlung ist unwiderruflich, und ebenso ist die Zahlung des pupillus an den Erben resp. Universalfideicommissar des Darleihers giltig.

L. 95. §. 2. D. de solut. (XLVI, 3.) Aditio hereditatis, nonnumquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hereditatem: aliquando pro solutione cedit, si forte creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate cre-

---

42) Völlig übereinstimmend Marcianus in L. 44. D. de solut. (XLVI, 3.)

43) Darum ist denn auch nicht, wie Puchta a. a. O. will, hier die nat. obl. auf die Bereicherung zu stützen resp. zu beschränken. Dasselbe gilt von den weiter angeführten Stellen, in denen eine nat. obl. genannt oder eine Bethätigung derselben anerkannt ist. — s. v. Savigny, Obl. R. I. S. 67. und Schultze l. l. §. 10., welcher letztere diese schon von Cujacius aufgestellte Lehre ausführlicher widerlegt.

44) Darum kann man auch nicht, wie Roßhirt (a. a. O. S. 132.) will, die Giltigkeit der Zahlung daraus ableiten, daß aus einem anderen concurrirenden Grunde gezahlt sei.

diderat, heres ei extitit: non enim quanto locupletior factus est, consequitur [45]), sed in solidum creditum suum ex hereditate retinet. (Papin. lib. 28. Quaest.)

Wenn der heres z. B. einem Fideicommissar die Erbschaft restituiren muß, so kann er den ganzen Betrag der Schuld des pupillus, nicht bloß die Bereicherung, als solutum behalten. Die Stelle zeigt also das debitum als ein solches, welches giltig gezahlt werden kann.

Außerdem geben auch noch L. 95. §. 4. eod. [46]), wenn man die ganze Stelle allein oder doch mit auf die obl. pup. bezieht, und ebenso die gleich noch zu nennende L. 42. pr. D. de jurejur. (XII, 2) [47]), welche von einer Aufhebung der obl. pup. durch pactum und in Folge davon einer repetitio redet, den Beweis für die Auffassung des debiti pup. als einer nat. obl. mit der Wirkung der Zahlbarkeit.

Wie durch solutio, so kann die obl. pup. auch durch expromissio giltig aufgehoben werden, und darin liegt wieder ein Zeugniß für die Auffassung dieser obl. als einer naturalis.

L. 19. §. 4. D. de donat. (XXXIX, 5.) Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus, eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio. Idem in pupillo, qui sine tutoris auctoritate debuerit, dicendum est, si postea tutore auctore promittat. (Ulp. lib. 76. ad Ed.)

Wie aber eine obl. pup. sine tut. giltig novirt werden kann, so hat eine solche obl., wenn sie novandi animo vorgenommen, auch die novirende, d. h. die alte obl. aufhebende Kraft,

L. 1. §. 1. D. de novat. (XLVI, 2) s. oben S. 214.

zugleich aber wird die nova obligatio, welche ohne tutor contrahirt ist, für nulla erklärt und der Erfolg des ganzen Geschäfts für rem amittere.

---

45) Die Florent. hat consequeretur. Der Sinn wäre übrigens derselbe wie bei der im Text aufgenommenen Vulg. Anders Cujac. ad L. 127. D. de V. O. (XLV, 1.)

46) S. oben S. 54. Anm. 21.

47) S. unten Anm. 50.

Gai. III, §. 176. — — nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis est, tamen prima novationis jure tollatur, velut si quod mihi debes, a Titio post mortem ejus vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero; quo casu rem amitto, nam et prior debitor liberabitur et posterior obligatio nulla est: — [48])

Ferner haben wir mehrere Zeugnisse, wonach für die obl. pup. ein fidejussor giltig eintreten kann, woraus also der Rechtsbestand einer nat. obl. gefolgert werden darf.

L. 95. §. 4. D. de solut. (XLVI, 3.) s. oben S. 54. Anm. 21.

L. 127. D. de V. O. (XLV, 1.) s. oben Seite 169. [49])

L. 42. pr. D. de jurejur. (XII, 2) Creditore, qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat, jusjurandum deferente, pupillus juravit, se dare non oportere, eandem pecuniam a fidejussore ejus petit: an excludendus sit exceptione jurisjurandi? — — Eam rem apertius explicat Julianus. Nam si controversia inter creditorem et pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepisset, et convenit, ut ab omni conditione discederetur, si pupillus jurasset, isque juraverit, se dare non oportere: naturalis obligatio hac pactione tolletur, et soluta pecunia repeti poterit. Sin vero creditor quidem se mutuum dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur, quod tutor ejus non intervenisset, et hoc tale jusjurandum interpositum est, hoc casu fidejussorem Praetor non tuebitur. (Pompon. lib. 18. Epistol.)

War das jusjurandum darauf gestellt, daß das mutuum ohne tutoris auctoritas gegeben, so ist damit die civile, nicht

48) In einer anderen Stelle wird dem pupillus die Fähigkeit zu noviren, d. h. eine neue obl. an die Stelle der alten zu setzen, völlig abgesprochen. L. 20. D. de novat. (XLVI, 2) Pupillus sine tutoris auctoritate non potest novare. (Paul. lib. 72. ad Ed.)

49) Das „nulla petitio“ beweist, daß hier nicht eine Bereicherung supponirt wird.

aber die naturale Obligation negirt, und der fidejussor, der wie überhaupt für naturale Obligationen klagbar verhaftet ist, der petitio, ohne daß ihm aus dem die nat. obl. gar nicht berührenden jusjurandum eine exceptio entgegenstände, ausgesetzt 50).

Diese civile Haftung eines fidejussor für die obl. eines pupillus tritt auch in einer anderen vielbesprochenen Stelle hervor, nämlich in

> L. 25. D. de fidej. (XLVI, 1.) Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato, prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit. (Ulp. lib. 11. ad Ed.)

Unter dem non subveniri ist am natürlichsten die Abweisung einer exceptio gegen die petitio zu verstehen 51).

---

50) Vgl. v. Savigny, Obl. R. I. S. 72. — Bekker a. a. O. S. 392.

51) Die Erklärung dieser Stelle hat von jeher Schwierigkeiten gemacht. — vgl. Girtanner, Bürgschaft. S. 20 ff. — Ein Widerspruch mit L. 6. D. de V. O. (XLV, 1) ist nicht vorhanden, da, wenn auch der furiosus (und prodigus) sich durch promissio überall nicht obligiren können, damit doch nicht jede obl. und somit die Möglichkeit einer gültigen Bürgschaft ausgeschlossen ist. — s. L. 1. §. 14. D. depos. (XVI, 3). L. 2. D. de fidej. (XLVI, 1.) — Girtanners Erklärung, welche jedenfalls in die Stelle etwas hineinträgt, nämlich zu dem fidejusserit ein solverit, welche ferner annimmt, daß Etwas, was nicht fidejussio ist, ohne Zusatz eine solche genannt wird, und endlich das subvenire auf das solutum, nicht, wie es doch am nächsten liegt, auf die Haftung des fidejussor bezieht, ist daher nicht zu rechtfertigen. — Auch darf man nicht einwenden, daß bei der Annahme einer gültigen Bürgschaft die Hervorhebung des pup. prodigus und furiosus überflüssig sei, da dann auf diese Eigenschaften der Schuldner Nichts ankomme, denn eben diese Eigenschaften sind es, welche zu der Frage geführt haben, ob dem fidejussor zu helfen sei. Das wird geleugnet, weil der fidej. keinen Regreß gegen diese Personen habe, also die Rücksicht auf diese letzteren nicht Platz greife. — Dabei beziehen wir denn das his, wie schon Accursius thut, auf die fidejussores. Das ist dem ei gegenüber freilich sehr bedenklich, allein es scheint doch kein anderer Ausweg übrig zu bleiben.

Eine ganz besondere Bedeutung ist der fidejussio für die obl. pup. angewiesen in

L. 35. D. de rec. qui arbitr. (IV, 8) Si pupillus sine tutoris auctoritate compromiserit, non est arbiter cogendus pronuntiare, quia si contra eum pronuntietur, poena non tenetur, praeterquam si fidejussorem dederit, a quo poena peti possit. Idque et Julianus sentit. (Gai. lib. 5. ad Ed. provinc.)

Die Möglichkeit der actio gegen den arbiter ist abhängig von dem Vorhandensein eines fidejussor [52]).

Ebenso wie ein fidejussor, so kann für die verb. obl. pup. auch ein sponsor oder fidepromissor bestellt werden.

Gai. III, §. 118. Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio est, fidejussoris valde dissimilis.

§. 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt, nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, veluti si aut pupillus sine tutoris auctoritate, aut quilibet post mortem suam dari promiserit; et illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur: — — [53])

Endlich ist auch noch auf eine Bethätigung des debiti pupilli hinzuweisen, welche vorkommt, wo die obl. eine zweiseitige ist oder eine, wo unter anderen Verhältnissen der actio directa eine contraria gegenübersteht. Bei zweiseitigen Geschäften soll nämlich gegen die actio des pupillus dem Beklagten wegen seiner, des pupillus, Schuld das Retentionsrecht zustehen.

L. 7. §. 1. D. de rescind. vend. (XVIII, 5.) — — an perinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant? (Paul. lib. 5. quaest.)

Diese Retention kann unter Umständen zur Compensation, d. h. zur wirklichen Abrechnung werden.

L. 3. §. 4. D. de neg. gest. (III, 5.) Pupillus sane si negotia gesserit, post rescriptum D. Pii conveniri

52) Vgl. L. 11. §. 4. D. eod.

53) Vgl. Huschke, Gaius. S. 70 ff.

potest in id quod factus est locupletior, agendo autem compensationem ejus quod gessit patitur. (Ulp. lib. 10. ad Ed.)

Das: quod gessit ist im Gegensatz zu dem: in id quod factus est locupletior von dem ganzen Betrage zu verstehen, den ein Anderer negotiorum gestor als der impubes dem dominus negotii zu praestiren schuldig sein würde [54]).

Nach dieser Zusammenstellung wird man es erklärlich finden, wie schon von den ältesten Zeiten her bis auf die Gegenwart sich vielfach die Meinung erhalten konnte, daß die Römischen Juristen selbst unter einander über die Auffassung der obl. pupilli nicht einig gewesen, daß wenigstens Neratius und Licinius Rufinus mit den übrigen Juristen im Widerspruch gestanden, daß aber entschieden die Ansicht der Mehrzahl der Juristen die im Justinianischen Recht anerkannte sei und, daß man denn diese Auffassung auch als die richtige zu betrachten habe [55]).

Ein genaueres Eingehen auf die betreffenden Quellenzeugnisse läßt aber diesen vermeintlichen Gegensatz vollkommen verschwinden. Halten wir uns vorerst einmal ausschließlich an die von den Juristen gegebenen Einzelentscheidungen, so ist hier, bei gehöriger Unterscheidung, ein Widerspruch überall nicht vorhanden.

Die solutio ex obl. pup. ist freilich nach L. 41. D. de cond. indeb. und nach L. 29. eod. absolut revocabel, nach den übrigen Stellen, welche einer solutio Erwähnung thun, dem ganzen Zusammenhang oder den ausdrücklichen Worten nach, irrevocabel; allein dabei ist zu beachten, daß in L. 29. cit. ausdrücklich die solutio als sine tutore geschehen bezeichnet ist, und daß auch in L. 41. cit., wie schon bemerkt, die einfachste

---

54) Das „quod gessit", wie Brandis a. a. O. S. 161. will, auch auf das „quod locupletior factus est" zu beschränken, ist nicht zu rechtfertigen. — v. Vangerow a. a. O. S. 595. Keller a. a. O. S. 375.

55) So z. B. noch v. Savigny, Obl. R. I. S. 74.

Erklärung ebenfalls zu der Annahme einer sine tutore gemachten solutio führt.

In allen übrigen Stellen dagegen, welche einer solutio erwähnen, ist entweder dieselbe von einem Andern, dem Erben des pupillus [56], oder von demjenigen cui debetur durch Abrechnung an sich selbst gemacht [57], oder aber die Zahlung Seitens des pupillus ist unter Umständen geschehen, welche es als höchst wahrscheinlich, ja als am nächstliegenden erscheinen lassen, daß dieselbe cum tutore oder von dem debitor nach erreichter pubertas gemacht sei [58]. So wird z. B. der Erbe schwerlich eine andere Zahlung Seitens des pupillus angenommen haben, als solche, welche ihm Eigenthum übertrug, da er das solutum dem Legatar überliefern resp. dasselbe sich anrechnen sollte in Falcidiam [59], und wenn in einer anderen Stelle [60] von einem Eide des debitor pupillus die Rede, wodurch er sich möglicher Weise von seiner Schuld befreiet, so ist damit auf das Unzweideutigste darauf hingewiesen, daß wir es hier mit dem debitor, nachdem er pubes factus est, zu thun haben. Dazu kommt, daß die Handlung des pup. cum auctoritate tut. die dem Recht entsprechende ist, und daher regelmäßig angenommen werden muß, wo nicht Gründe für das Gegentheil vorhanden. Jedenfalls wird durch die Annahme der auctoritas resp. der eingetretenen pubertas in die Stellen Nichts hineingetragen und so eine einfache Erklärung für das abweichende Resultat gefunden.

Ebenso steht es mit der Novation. Der pubes factus, und diesem ist der pup. cum tutore gleich zu achten, kann giltig noviren, so daß er civiliter obligirt wird, der pupillus allein aber nicht, und wenn durch eine novatio der letztgenannten Art

---

56) L. 64. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1.)

57) L. 95. §. 2. D. de solut. (XLVI, 3). L. 3. §. 4. D. de neg. gest. (III, 5.)

58) Auch die Zahlung des pup. an den Erben dessen cui debetur ist nur giltig tutore auctore. — v. Vangerow a. a. O. S. 595. gegen Brandis.

59) L. 25. §. 1. D. quando dies (XXXVI, 2). L. 21. pr. D. ad L. Falcid. (XXXV, 2).

60) L. 42. D. de jurejur. (XII, 2).

auch die alte obl. giltig aufgehoben wird, so ist das kein Widerspruch mit der L. 20. cit. [61]), zumal die beiden Rechtswirkungen der novatio, die aufhebende und die constituirende, auch sonst von einander getrennt werden [62]).

Die Giltigkeit der fidejussio ist nirgends beanstandet, und dasselbe gilt endlich von der Retentions- resp. Compensationsbefugniß des anderen Contrahenten gegen den pupillus [63]).

Auf Grund dieser Unterscheidungen ließen sich denn auch die verschiedenen allgemeinen Ausdrücke über den Bestand resp. Nichtbestand der obl. erklären, indem wir nämlich nur in Bezug auf den pupillus sine tutore die obl. negirt finden, nicht aber in Bezug auf den pupillus cum tutore, den pubes factus und dritte Personen.

Die zu beantwortende Frage ist daher nur die, wie es rechtlich möglich sei, daß, während eine obl. für den Contrahenten selbst nicht existirt, doch zugleich für dritte Personen, ja selbst wiederum für den Contrahenten unter veränderten, aber nicht an sich die obl. neu begründenden Verhältnissen aus demselben Obligationsact eine rechtlich bedeutsame obligatio entspringen kann.

Zur Lösung dieser Frage haben wir zu untersuchen, einmal die rechtliche Beschaffenheit des von dem pupillus sine tutore vorgenommenen Obligationsactes, sodann, welches der rechtliche Grund sei, warum gegen den pupillus aus solchem Geschäft die actio versagt wird.

Die Fähigkeit zur giltigen Vornahme von Rechtsgeschäften aller Art, mithin die Handlungsfähigkeit in Bezug auf Rechtsacte ist im älteren Recht gewiß auf die puberes beschränkt gewesen [64]), so daß die impuberes nur durch Stellvertreter, die

61) S. oben Anm. 48.

62) Vgl. Schultze l. l. pag. 51.

63) Vgl. über alle diese Punkte die Zusammenstellung von Keller a. a. O.

64) Der civilen Haftung der puberes steht auch nicht die cura entgegen: L. 101. D. de V. O. (XLV, 1) Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari (Modestin. lib. 4. de praescr.). Die cura hindert nur die solutio Seitens des pubes, ebenso wie die Vermögenslosigkeit die Zahlung Seitens des filiusfam. — Die Unfähigkeit des debitor zu zahlen, selbst wenn sie eine rechtliche Unfähigkeit ist,

tutores und patres, in den rechtlichen Verkehr eingreifen konnten. Der Grund dafür lag, abgesehen davon, daß bei einzelnen Geschäften die Form die pubertas erforderte, darin, daß die Römer den impuberes das judicium, den intellectus, das plenum judicium, das exactum consilium absprachen, sie als solche hinstellten, welche weder voluntas noch scientia hatten, denen das velle wie das nolle unmöglich war [65]). Von dieser Auffassung wich man aber insofern ab, als man den pubertati proximis doch wenigstens aliquem intellectum zusprach, ihnen trotz dieses Mangels die Handlungsfähigkeit zugestand, und zwar in allen solchen Geschäften, wo es auf ein judicium nicht anzukommen schien, nämlich denen, aus welchen für den impubes ein Gewinn, ein Erwerb sich ergab. In allen Geschäften dagegen, wo es sich um eine Veräußerung, Verpflichtung und überhaupt um eine mögliche Benachtheiligung des impubes handelte, sollte demselben die Handlungsfähigkeit nur unter Zuziehung des das judicium des Handelnden ergänzenden tutor — sub tutoris auctoritate — zustehen [66]), fehlte es an dieser auctoritas, so war ein solches Geschäft null und nichtig. Später ist dieses Recht durch eine benignior interpretatio per utilitatem auf alle, auch die infanti proximi impuberes ausgedehnt [67]), obgleich bei diesen die Voraussetzung des aliquis intellectus fehlte, und somit haben alle impuberes vom achten bis zum vierzehnten Jahre ohne Unterschied die unbeschränkte Erwerbsfähigkeit, die Veräußerungs- und Verpflichtungsfähigkeit

---

schließt aber nicht den Bestand der obligatio und der actio aus. — Dagegen: Roßhirt a. a. O. S. 133. Büchel a. a. O. S. 85.

65) S. die Beweisstellen bei Goldschmidt a. a. O. S. 428 ff. (§. 5. und 6.)

66) Gai. III, 107. s. oben Anm. 12.

67) §. 10. J. de inutil. stipul. (III, 19.) Sed quod diximus de pupillis (s. oben Anm. 12.) utique de his verum est, qui jam aliquem intellectum habent: nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent: sed in proximis infanti, propter utilitatem eorum benignior interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. — Gai. III, 109.

aber nur mit Zuziehung des tutor, ohne diese sind sie zu Geschäften der letzteren Art unfähig [68]).

Pr. J. de auct. tut. (I, 21.) Nam placuit, meliorem quidem suam condicionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem non aliter, quam tutore auctore [69]).

Ist nun das von dem impubes ohne tutoris auctoritas abgeschlossene Geschäft seinem Inhalt nach lediglich ein Deterioriren, eine Veräußerung oder Uebernahme einer Verpflichtung, so ist das ganze negotium nullum, denn es fehlt an dem für eine solche Handlung erforderlichen Subject — impubes cum tutore —, ist aber das negotium seinem Inhalt nach zugleich auch auf ein Anderes, einen Erwerb oder eine den pupillus nicht selbst berührende Wirkung gerichtet, so steht der Mangel der tutoris auctoritas der Giltigkeit des Geschäfts nur soweit entgegen, als dasselbe eine Deterioration, Uebernahme einer Verpflichtung, enthält [70]).

So ist z. B. ein von einem impubes ohne tutoris auctoritas abgeschlossener zweiseitiger Contract nicht völlig nichtig, sondern gerade nur soweit derselbe den impubes verpflichten soll.

L. 13. §. 29. D. de a. e. v. (XIX, 1.) Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. (Ulp. lib. 32. ad Ed.)

68) Goldschmidt a. a. O. S. 439. — Daraus folgt denn, daß jede zur Lösung der Streitfrage über die nat. obl. gemachte Unterscheidung zwischen pupillis niederen und höheren Alters (infantiae und pubertati proximis), wie sie früher sehr allgemein war, ungerechtfertigt ist. — Eine solche versucht von den Neueren z. B. noch Christiansen a. a. O. S. 121.

69) Vgl. Gai. II. §. 83. — L. 28. pr. D. de pactis. (II, 14.)

70) Daß es bei der aditio hereditatis (und agnitio b. p.) anders stand, daß diese, selbst wenn sie im letzten Resultat ein lucrum für den Erben gewährte, nicht, soweit es sich um einen Erwerb handelte, giltig ohne tutor geschehen konnte, erklärt sich daraus, daß die aditio als Erwerb der Erbenqualität gilt, und diese Qualität dann an sich als eine den Erben verpflichtende erscheint. Darum kann der pup. sine tut. diese Qualität nicht erwerben. — §. 1. J. de auct. tut. (I, 21.)

und ebenso sagt Justinian[71]) unmittelbar an die oben angeführte Regel anknüpfend:

Unde in his causis, ex quibus mutuae obligationes nascuntur, in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur,

wonach denn dasselbe auch für s. g. unvollkommen zweiseitige Contracte gilt.

Der pupillus erwirbt aus solchem Contract das Recht auf Erfüllung und Erstattung, soweit ist der Contract völlig rechtswirksam, nicht aber soweit dem pupillus darauf die Verpflichtung obliegen würde. Daß dem fordernden pupillus die exceptio non impleti contractus entgegensteht[72]), oder daß er sich muß den Abzug dessen gefallen lassen, was er, falls er cum tutore contrahirt hätte, mit der actio des Gegners zu zahlen gezwungen sein würde, ist nicht die Folge einer rechtsbeständigen, wenn auch klaglosen Schuld des pupillus, sondern ergiebt sich auch ohne die Annahme einer solchen daraus, daß seine Forderung aus dem Contract nur auf Erfüllung gegen die Gegenleistung, resp. auf Zahlung des Saldo gerichtet war. Hat der pupillus seinerseits sine tutore gezahlt, so kann er, event. unter Angebot der Restitution des vom anderen Contrahenten bereits Erhaltenen, das solutum repetiren[73]).

So besteht der Contract allerdings nur ex uno latere zu Recht, doch aber ist es der ganze Contract, das ganze Geschäft, welches als giltig anerkannt ist, insofern der Umfang des Rechts des pupillus doch nur unter Berücksichtigung des von ihm, dem pupillus, Versprochenen festgestellt ist. Lediglich soweit daraus der pupillus zu einer Leistung aus seinem Vermögen gezwun-

71) Pr. J. de auct. tut. (I. 21.)

72) L. 7. §. 1. D. de rescind. vend. (XVIII, 5.) L. 3. §. 4. D. de neg. gest. (III, 5.)

73) Vgl. Keller a. a. O. S. 373. 375. 385. und in dem voraufgehenden Aufsatz über exc. non impl. und non rite impl. contr. S. 358. 359. Note 20. — Meistens wird hier eine nat. obl. des pup. angenommen und dann die condictio für unzulässig erklärt. — v. Vangerow a. a. O. S. 597. Schultze l. l. §. 15.

gen werden sollte, ist das Geschäft wegen des Mangels der auctoritas ungiltig 74).

Ein anderes Beispiel solcher Trennung des verpflichtenden Inhalts des Rechtsgeschäfts von dem übrigen, und sonach einer theilweisen Giltigkeit, gewährt die novandi animo vom pupillus sine tutore gemachte promissio der solutio einer fremden oder eigenen rechtsbeständigen Schuld. Durch eine solche promissio wird auf der einen Seite die bis dahin bestehende obl. aufgehoben, auf der anderen eine neue des Promittenten begründet, der Mangel der auctoritas ist aber nur ein Hinderniß für die zweite, nicht für die erste Wirkung. Die novatio ist giltig, sofern sie die Aufhebung der alten obligatio ist, ungiltig als Constituirung einer neuen. In Bezug auf diese letztere wird denn auch ganz richtig dem pupillus die Fähigkeit zum Noviren sine tutore abgesprochen 75), da die neue obligatio eine nulla ist, und wenn in L. 1. §. 1. D. de novat. (XLVI, 2.) diese nova obligatio auch eine, die naturaliter teneat genannt wird, so ist doch daraus auch wiederum Nichts abgeleitet als die aufhebende Wirkung der Novation. Wie man aber trotz dieser Nichtigkeit die obl. pupilli eine naturalis nennen könne, davon sogleich 76).

Setzen wir nun den Fall einer vom pupillus sine tutore contrahirten einseitigen Obligation — promissio, acceptio mutui — so muß dieselbe, da sie lediglich als Uebernahme einer Verpflichtung erscheint, die einzige Rechtswirkung derselben nur die Haftung des pupillus sein könnte, für vollkommen nichtig gelten — pupillus nec natura debet —. Daher findet repetitio soluti

---

74) Die Giltigkeit des Contracts zeigt sich auch nach anderer Seite hin, so weit nur nicht der pupillus selbst dadurch berührt wird. z. B. L. 14. §. 3. D. de in diem addict. (XVIII, 2). s. oben Seite 298. Anm. 121.

75) L. 20. D. de novat. (XLVI, 2). s. oben Anm. 48.

76) Ebenso wird auch die Zahlung an den impubes sine tut., die als solutio ungiltig ist (L. 18. D. de solut. (XLVI, 3) und daher den Zahlenden nicht liberirt, für giltig erklärt, soweit darin eine Eigenthumsübertragung an den impubes enthalten, und daraus, si salvi nummi sunt, eine exceptio gegen die actio des pup. abgeleitet. — Vgl. Gai. II. §. 84. — §. 2. J. quib. alien. non lic. (II, 8.)

statt, und ferner kann daraus niemals, weder gegen den impubes, noch gegen den pubes factus, noch gegen den Erben des impubes eine Compensationsbefugniß abgeleitet werden, da diese immer eine Schuld, wenn auch nur eine naturale, zur nothwendigen Voraussetzung hat. Daß man dagegen nicht, wie mehrfach geschehen [77]), sich auf L. 3. §. 4. D. de neg. gest. (III, 5.) berufen darf, folgt schon daraus, daß die in dieser Stelle genannte Compensation nur die Berechnung des wirklichen Bestandes der Forderung aus einem unvollkommen zweiseitigen Geschäft ist, nicht die Compensation, wodurch eine selbständige Schuld wie durch solutio getilgt wird [78]).

Es folgt diese Ungiltigkeit der obl. unmittelbar aus dem vom Recht aufgestellten Erforderniß der tutoris auctoritas, und darum heißt es in

> L. 43. D. de O. et A. (XLIV, 7.) Pupillus sine tutoris auctoritate non obligatur jure civili. (Paul. lib. 72. ad Ed.) [79])

Zugleich kann man aber mit dem Licinius Rufinus sagen, daß der pupillus sine tutore »ne quidem jure naturali obligatur«, denn auch die Annahme einer Handlungsfähigkeit des pupillus cum tutore ist erst ein Satz des jus civile, weil: natura impubes judicio caret [80]). Mag also immerhin in L. 59. cit., worauf das »accipiendo« hinweist, auch die klagbare nat. obl. negirt werden [81]), jedenfalls geht sie, wie das: »ne quidem« andeutet, weiter, leugnet jede Obligation und steht

---

77) Büchel a. a. O. S. 81. — v. Vangerow a. a. O. S. 593. — v. Savigny, Obl R. I. S. 67. — Schultze l. l. pag. 45.

78) Vgl. Keller a. a. O. S. 384. — Christiansen a. a. O. S. 120 erklärt die Compensation gegen den pubes factus für zulässig. Es ist das die Consequenz aus der Annahme auch eines nat. deb. des pup. selbst, welches nur von diesem nicht giltig gezahlt werden könne — s. oben Anm. 30. — Mit dieser Annahme fällt dann auch die Consequenz.

79) Vgl. auch: L. 8. pr. de a. v. o. h. (XXIX, 2). More nostrae civitatis neque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt. (Ulp. lib. 7. ad Sab.)

80) L. 12. §. 2. D. de jud. (V, 1.)

81) v. Scheurl a. a. O. S. 508. — Brinz, Krit. Bl. S. 15. Note 21. — Schletter, Jahrb. I. S. 20.

in keinem Gegensatz [82]) zu dem Ausspruch, daß der Pupill sine tutore jure civili nicht obligirt werde.

Ein Obligationsact, selbst ein einfaches Schuldversprechen begründet aber nicht allein eine Verpflichtung des Promittenten zur Zahlung, sondern schafft ein Rechtsverhältniß, eine causa solvendi, welche, wie wir gesehen haben [83]), sich noch in mannigfacher anderer Weise rechtlich bethätigen kann. Wenn nun das Recht die auctoritas tutoris nur soweit verlangt, als es sich um eine Haftung des pupillus handelt, so müssen wir den Obligationsact, wenn und soweit derselbe sich, ohne den pupillus zu beschädigen, rechtlich bethätigen kann, auch ohne tutoris auctoritas für einen giltigen anerkennen. Innerhalb der durch die Vorschrift von der auctoritas tutoris gesteckten Grenzen besteht eine rechtsgiltige causa solvendi, daß dieselbe keine actio erzeugt folgt aus dem Vorstehenden von selbst, und so haben wir denn hier gerade das, was auch sonst als naturalis obligatio sich bezeichnet findet [84]).

Die nat. obl. ist also auch hier wieder das Resultat des Zusammentreffens einer rechtsgiltigen causa solvendi mit einem Grunde, der die actio ausschließt. Daß in diesem Fall dieser Grund zugleich auch ein debere des pupillus in jeder Bedeutung ausschließt, hindert die nat. obl. nicht, da dieser Grund sich nur auf den Inhalt des Geschäfts, soweit derselbe den pupillus verpflichtet, bezieht, nicht das Geschäft an sich ungiltig macht. Nur soweit die causa solvendi eine rechtsgiltige ist, besteht die nat. obl., daß sie klaglos ist, rührt von dem Mangel her, welcher dem pupillus durch die Vorschrift der tutoris auctoritas anklebt, und in diesem Sinn kann man allerdings diese nat. obl. auf die unvollkommene Handlungsfähigkeit des pupillus zurückführen, nicht aber in dem Sinn, daß der pupillus selbst gerade da, wo er unvollkommen handelnd aufgetreten, wegen dieses Mangels nur naturaliter obligirt sei. Wo dieser Mangel sich zeigt, und soweit er wirkt, ist überall keine obl. vorhanden — pupillus nec natura debet —[85]).

---

82) Vgl. v. Savigny, Obl. R. I. S. 71.
83) S. oben Seite 225.
84) Vgl. auch Keller a. a. O. S. 382 a. E.
85) S. oben Seite 239. Anm. 32.

Welches nun diese Bethätigungen der giltigen causa solvendi seien, und wo die Grenzen dieser Giltigkeit liegen, ergiebt sich aus dem Vorstehenden mit Leichtigkeit.

Gewiß ist der Obligationsact trotz des Mangels der auctoritas und somit das debitum pupilli eine hinlängliche Grundlage für eine giltige Zahlung, Expromission, Bürgschaft und Pfandrecht [86]) Seitens dritter Personen. Die Quellen erwähnen nur der Bürgschaft, indessen wird das von dieser Gesagte auch von den übrigen genannten Rechtsacten gelten müssen, denn diese beschädigen ebensowenig wie die fidejussio den pupillus. Da er selbst nicht schuldig ist, so giebt die von dritten Personen für ihn gemachte Leistung diesen keinen Regreßanspruch gegen den pupillus, und auch wenn derselbe sine tutore den Bürgen bestellt, oder einen der übrigen Acte veranlaßt hätte, würde er aus diesem Geschäft auch nicht haften. Daß es sich anders verhalte, wenn die Bestellung des Bürgen, der Auftrag zur Zahlung, cum tutore geschehen, davon unten.

Ebenso kann der pupillus selbst, aber cum tutore die für ihn nicht existirende Schuld giltig zahlen, noviren und constituiren. Zahlung und novatio ist ausdrücklich bezeugt, vom Constitutum aber nur gesagt, daß es, ohne tutoris auctoritas vorgenommen, den pupillus nicht obligire [87]), woraus unbedenklich für den Fall der vorhandenen auctoritas auf das Gegentheil geschlossen werden darf.

Die ohne seine Zuziehung abgeschlossene Obligation enthält für den tutor überall keine rechtliche Veranlassung, zu einer Zahlung Seitens des pupillus seine auctoritas zu interponiren, thut er es dennoch, so liegt darin eine freiwillige Uebernahme der Verantwortlichkeit, wenn die solutio dem pupillus schaden sollte, und dadurch wird es gleichgiltig, daß die Contrahirung der Schuld ohne tutoris auctoritas geschehen, die Schuld kann

---

86) Der pupillus selbst kann ohne tutor kein Pfandrecht bestellen — L. 1. pr. D. quae res pign. (XX, 3). Nach der oratio D. Severi genügte regelmäßig nicht einmal die auctoritas des tutor. L. 1. §. 2. 4. L. 2. D. de rebus eor. q. sub tut. (XXVII, 9). L. 7. §. 5. 6. eod. — vgl. Büchel a. a. O. S. 134.

87) L. 1. §. 2. D. de const. pec. (XIII, 5).

als Schuld, die Leistung als solutio debiti angesehen werden, wie es der vorhandenen causa solvendi und der Intention der Parteien entspricht, weil dadurch die condicio des pupillus nicht: deterior facta est. Lag ein mit der obl. selbst nicht zusammenhängender anderweiter Grund vor, den Gegenstand der obl. zu praestiren, wie z. B. in L. 21. pr. D. ad L. Falcid. (XXXV, 2.) und L. 44. D. de solut. (XLVI, 3.)[88]), so war es, wenn dieser andere Grund die numeratio wirklich zu einer vortheilhaften machte, für den pupillus völlig unnachtheilig, die numeratio auch als solutio behandelt zu sehen, und gewährte jener Grund den erwarteten Vortheil nicht, so war entweder ein casus (si Stichus legatus mortuus est), oder eine verantwortliche Handlung des tutor (repudiato legato), nicht aber die obl. die causa der Beschädigung des pupillus. Ob der tutor dabei wissentlich verfuhr oder irrthümlicher Weise, mußte einerlei sein, sein Irrthum konnte nur einer über die Nichthaftung des pupillus oder einer über die Zweckmäßigkeit der Anerkennung der Schuld sein, für beide war der tutor verantwortlich. Ebenso steht es bei der Novation und dem Constitutum cum tutoris auctoritate. Auch in einer Bürgschafts- und Pfandbestellung cum tutore liegt eine Anerkennung, welche die Schuld dem pupillus selbst gegenüber zu einer giltigen, wenn auch klaglosen macht; der Pupill ist hier auf dieselbe Weise geschützt, wie bei der solutio.

Aus ähnlichem Grunde muß denn auch die von dem pubes factus debitor gemachte Zahlung, Novation, Constituirung giltig sein, sowie in seiner Pfand- und Bürgschaftsbestellung eine Anerkennung liegen. Der pubes factus hat selbst das judicium, welches der tutor dem impubes suppliren sollte, wird er nun durch seine Zahlung u. s. w. benachtheiligt, so ist das nicht die unmittelbare Folge der von ihm abgeschlossenen Obligation, sondern seiner als pubes vorgenommenen Handlung.

Das von dem pubes factus Gesagte paßt völlig auf den Erben des impubes, wenn wir nur denselben nicht auch wieder als impubes ansehen, wozu die einzige Stelle, welche seiner

---

88) S. oben Anm. 44.

solutio erwähnt [89]), keine Veranlassung giebt. — Daß endlich der, welcher dem pupillus nummos crediderat, als dessen Erbe den Betrag der Schuld Dritten gegenüber als solutum sich anrechnen könne, ist dem Wesen der n. o. entsprechend und völlig unbedenklich, da eine Beschwerung des pupillus darin nicht enthalten ist.

So erscheint denn die nat. obl. des pupillus allerdings in eigenthümlicher Gestalt, gerade für die Hauptperson existirt die obl. nicht, ihre Bedeutung liegt ausschließlich bei anderen Personen, Intercedenten, dem tutor und dem pubes factus, welcher letztere in Bezug auf Veräußerungsbefugniß dem impubes ebenfalls wie eine andere Person gegenübergestellt werden darf [90]). Auch bei anderen natt. obll. kann der debitor selbst nicht zahlen, z. B. der servus, oder der filius an den pater, allein während bei diesen der Grund für die Ungiltigkeit der solutio lediglich in ihrer persönlichen Stellung liegt, ist der Grund der Ungiltigkeit der solutio pupilli noch außerdem die Nichtexistenz des debiti für ihn. Die nat. obl. besteht deßhalb dann nur in der obl. des fidejussor und anderer Intercedenten oder Solventen, wie Brinz [91]) schon hervorgehoben hat, indessen gilt dieses nicht nur für Obligationen bestimmten Inhalts [92]); son-

---

89) S. oben S. 374.

90) Vgl. Roßhirt a. a. O. S. 130. Unterholzner a. a. O. S. 157. Brandis a. a. O. S. 149.

91) Krit. Blätter. S 16.

92) Brinz a. a. O. will die Entscheidung, ob eine n. o. vorhanden oder nicht, von der Natur der einzelnen Obligationen abhängig machen, die Frage also nicht allgemein beantworten. In seinen Pandecten S. 572. faßt er das dahin, daß eine n. obl. nur anzunehmen „bei Contracten, in welchen res oder negotium creditoris oder Bürgschaft mit unterläuft“. — Soll damit gesagt sein, daß der pup. aus einer einfachen promissio nicht hafte — nec natura —, so ist das ganz richtig. Dasselbe gilt aber auch von einem mutuum, falls der pup. nicht bereichert ist. Daß nicht ein einfaches promissum (auch z. B. donandi causa) ohne fidejussio giltig cum tutore gezahlt werden könne, ist nicht zu erweisen. — Ueberhaupt scheint es gegenüber der ganzen Darstellung der einzelnen Fälle in den Quellen und gegenüber Aussprüchen wie L. 9. pr. D. de auctor.

dem ausnahmslos für jede den impubes als debitor hinstellende obligatio; ohne den fidejussor u. s. w. bliebe der Obligationsact lediglich die Uebernahme der Verpflichtung Seitens des pupillus und darum völlig unwirksam, erst das Hinzutreten der anderen Personen giebt der obl. einen wirklichen Inhalt, und darum ist denn in L. 35. D. de rec. q. arb. (IV, 8.)[93] die Giltigkeit der obl. geradezu von der Existenz der fidejussio abhängig gemacht, und wo sonst von nat. obl. gesprochen wird, ist regelmäßig eine Rechtsfolge z. B. solutio cum tutore erwähnt. In der einzigen Stelle, wo das nicht geschehen[94]), ist nat. obl. eben nur der Obligationsact, der doch wenigstens die rechtliche Möglichkeit einer solchen Bethätigung in sich trägt.

Aus dieser Darstellung wird sich der Sprachgebrauch unserer Quellen rechtfertigen, welche trotz der Anerkennung der nat. obl. doch mit besonderer Emphase das Nichtobligirtsein des pupillus hervorheben, denselben einerseits mit dem prodigus und dem furiosus, andererseits wiederum mit dem servus vergleichen.

Gegen die obige Auffassung der nat. obl. kann nun aber auch nicht eingewandt werden, daß es „civilistisch inconsequent"[95]), das soll wohl heißen, rechtlich unmöglich sei, beim Nichtvorhandensein einer principalis obligatio die Existenz einer accessorischen anzunehmen, denn wenn auch eine solutio, selbst von Dritten, ferner eine novatio und fidejussio nicht anders rechtlich möglich ist, als auf Grund irgendwelcher obligatio — qualiscunque obligatio sit, — aliqua obligatio[96]) —, so liegt doch bei dem negotium pupilli eine solche insofern vor, als eine rechtsgiltige causa solvendi — z. B. promissio — vorhanden ist, und wenn das Erforderniß der auctoritatis interpositio dieselbe nach einer Richtung hin, mag diese auch die hauptsäch-

(XXVI, 8) wohl kaum gerechtfertigt, für verschiedene verpflichtende Obligationsacte des pupillus eine verschiedene Bedeutung in Bezug auf die hier in Rede stehende Frage anzunehmen.

93) S. oben Seite 214.

94) L. 1. §. 1. D. de novat. (XLVI, 2) s. oben S. 214.

95) v. Vangerow a. a. O. S. 593. — Büchel a. a. O. S. 80.

96) L. 6. §. 2. D. de fidej. (XLVI, 1) s. oben Seite 88.

lichste sein, unwirksam macht, so verliert die causa solvendi dadurch doch nicht ihre rechtliche Bedeutung für alle übrigen durch ihren Inhalt gegebenen Richtungen, welche von jenem Erforderniß nicht berührt werden [97].

Eine gleiche Behandlung wie die obl. pup. sine tutore hat vielleicht im Vorjustinianischen Recht die promissio alicujus post mortem suam gefunden, so daß wir auch hier eine nat. obl. annehmen dürfen und dann dieselbe in ganz ähnlicher Weise zu begründen haben wie die obl. pupilli. Gaius [98]) stellt diese promissio mit der letztgenannten obligatio und vielleicht auch mit der dieser wieder völlig gleichstehenden obl. feminae sub tutore zusammen [99]) und bezeugt die Möglichkeit einer sponsio und fidepromissio für jene, ebenso wie er umgekehrt für die stipulatio post mortem (stipulantis) eine adpromissio zuläßt, ja diese fast ausschließlich für den Fall einer solchen stipulatio in Anspruch nimmt [100]). Wie nun zur Giltigkeit der adstipulatio kein Recht des stipulator erforderlich war, dieses Recht vielmehr erst durch die adstipulatio begründet werden sollte, so war auch die sponsio nicht nur auf Grund eines debitum möglich, sondern es genügte die formell giltige promissio [101]). Dürfen wir aber aus der Gleichstellung der promissio post mortem mit der obl. pupilli bei der sponsio auf eine Zulässigkeit auch der fidejussio für jene obl. schließen, so müssen wir nothwendig, um zu einer obligatio, wie sie dann erforderlich ist, zu gelangen, dieselbe ebenso als eine naturalis betrachten wie die obl. pupilli, etwa so, daß, weil der Zusatz post mortem nur die Verpflichtung des promissor selbst und seines Erben hinderte, nicht aber die Verpflichtung eines Dritten gerade auf denselben Gegenstand und mit derselben (auf

---

97) Vgl. auch Keller a. a. O. S. 382.

98) Gai. III, 119.

99) Huschke a. a. O. will nach den unsicheren Zeichen der Handschrift an dieser Stelle gelesen wissen: velut si femina aut pupillus cet.

100) Gai. III. § 117.

101) Vgl. Huschke a. a. O. S. 71.

den Tod des promissor gerichteten) Nebenbestimmung, die obl. nach dieser Seite hin als eine causa solvendi, welche sich rechtlich bethätigen konnte, angesehen wurde. Daß diese obl. dann noch in weiterem Umfange rechtliche Bedeutung gehabt habe, ist aus den Quellen nicht zu ersehen, war aber eine fidejussio zulässig, und zwar gerade in Folge solcher Erwägung, wie wir angeführt, so ist dieses, soweit es die Natur des Verhältnisses gestattet, gewiß anzunehmen [102]).

In gleicher Weise könnte man nun auch geneigt sein, aus der promissio dessen, cui bonis interdictum est, eine nat. obl. abzuleiten, allein hier wird die fidejussio geradezu negirt [103]) und auch sonst nirgends in den Quellen Etwas erwähnt, was zu dieser Annahme berechtigte. Im Gegentheil zeigt die Zusammenstellung mit dem furiosus, daß hier das non obligatur im vollsten Umfang zu verstehen ist. Wenn, wie oben erwähnt, in L. 25. D. de fidej. (XLVI, 1.) [104]) eine fidejussio für den prodigus eben so wie für den furiosus angeführt ist, so erklärt sich das anders. Der Grund dieser abweichenden Behandlung der obl. des prodigus rechtfertigt sich vielleicht daraus, daß dieser gesetzlich dem furiosus in Bezug auf die administratio bonorum gleichgestellt ist [105]).

---

102) Vgl. v. Scheurl a. a. O. S. 508. Die Möglichkeit der sponsio genügt also noch nicht zur Annahme einer nat. obl.

103) S. oben Seite 160.

104) S. oben Seite 377.

105) Daß bei solchen positiven Verboten der Wille des Gesetzgebers sehr verschieden sein kann, zeigen die SC. Vellejanum und Macedonianum. — Ebenso hätte auch jede obl. pupilli völlig improbirt werden können. (v. Savigny, Obl. R. I. S. 75.) Daß das nicht geschehen, erklärt sich vielleicht daraus, daß diese Lehre ein Resultat der Jurisprudenz ist, welche hier im Interesse der pupilli selbst die Tendenz hatte, die obl. soweit wie irgend ohne Benachtheiligung desselben möglich, als giltig anzunehmen. — Büchel (a. a. O. S. 84) findet den Grund für die abweichende Behandlung der prodigi darin, daß diese anders wie die pupilli nicht nur kein plenum judicium, sondern vielmehr, wie die furiosi, ein ganz verkehrtes haben. Allein bei dem infantiae proximus ist doch auch nullus intellectus vorhanden. Man hat eben die benigna interpretatio nicht auf den prodigus angewendet. — Vgl. oben Seite 160. Anm. 12.

Was bisher von dem impubes sub tutela gesagt worden, gilt gleichmäßig auch im früheren Recht von der mulier sub tutela.

> Gai. III. §. 108. Idem juris (sc. quod in pupillis) est in feminis, quae in tutela sunt.

Die etwas andere Bedeutung, welche das Erforderniß der tutoris auctoritas bei derselben hatte, mußte sogar noch mehr zu der Annahme einer nat. obligatio führen [106].

Dem impubes sui juris steht dann endlich auch der filiusfamilias impubes gleich, ihm fehlt nur ein Mittel seine obl. wie die des sui juris durch Beiziehung des tutor zu einer vollgiltigen zu machen [107]. In diesem Mangel liegt aber überall kein Grund das von dem filiusfamilias ausgesagte: non obligari in einem anderen Sinne zu nehmen, als in welchem es von dem impubes sub tutela gebraucht wird [108]. Daß für die verpflichtende Handlung des filius nicht eben so die auctoritas patris den Effect herbeiführen konnte, wie die auctoritas tutoris, erklärt sich wohl ursprünglich daraus, daß der filius vermögensunfähig war und daher keine Veranlassung vorzuliegen schien, demselben eine Veräußerung möglich zu machen [109]. Im späteren Recht ist dieser Grund allerdings weggefallen, allein ein anderer ist trotz dieser Vermögensfähigkeit geblieben. In der tut. auctoritas soll ein Schutz für den impubes liegen, und darum ist der tutor, falls der impubes durch das Hinzutreten der auctoritas vollgiltig obligirt wird, dem Letzteren verpflichtet zum Schadensersatz. Zwischen pater und filius ist aber eine actio nicht möglich und darum dem filius die Möglichkeit eines Regresses gegen den pater abgeschnitten [110]. — Dasselbe ist auch von den Obligationen eines servus impubes anzunehmen.

---

106) Vgl. Walter, Röm. Rechtsgesch. Band II. S. 527.

107) L. 141. §. 2. D. de V. O. (XLV, 1). S. oben Seite 366.

108) Schultze l. l. p. 5. leugnet unter Berufung auf die vorstehend citirte Stelle jede obl. des impubes filius, indessen ohne für diese Behauptung einen Grund anzugeben.

109) Vgl. Göschen, Civilr. Band III. S. 168.

110) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 420. Anm. 4.

B. Obligationen, bei welchen die actio weggefallen ist.

§. 19.

Für den rechtlichen Bestand einer obligatio ist die actio insofern nicht unumgänglich nothwendig, als die obligatio auch abgesehen von der actio sich als ein Rechtsverhältniß bethätigen kann [1]), auf der anderen Seite setzt aber die actio immer die obligatio, das debitum, die causa solvendi voraus, denn ohne diese würde der actio der Inhalt fehlen.

Wenn nun, sei es aus welchem Grunde es wolle, die actio aufgehoben wird, so ist der debitor jedenfalls in dem Sinne liberirt, daß er nicht mehr zur Zahlung rechtlich gezwungen werden kann, er hört auf debitor im eigentlichen Sinne des Wortes zu sein [2]). Damit ist aber die Frage, ob nicht die obligatio sich dennoch als rechtliche obligatio irgend wie bethätigen kann, ob sie nicht als naturalis fortbesteht, nicht entschieden, vielmehr hängt dieses von dem Inhalt des Grundes ab, durch welchen die actio aufgehoben wird [3]). Vernichtet dieser die causa solvendi vollständig, so ist mit der actio die ganze obligatio aufgehoben, beschränkt er dieselbe nur, so bleibt die obligatio soweit bestehen, wie es der Aufhebungsgrund gestattet, hebt er aber nur die actio als Forderungsrecht auf, ohne die causa solvendi an sich zu berühren, so kann vielleicht die obl. in dem ganzen Umfange, der überhaupt für eine nat. obl. möglich, bestehen bleiben, wobei nur nicht zu vergessen ist, daß auch der auf die actio allein bezügliche Aufhebungsgrund sehr wohl eine Bethätigung der n. o. ausschließen kann, welche zulässig ist, wo die actio von vornherein nicht existirt.

Bei den verschiedenen Gründen, welche die actio, nicht aber zugleich vollständig die causa solvendi vernichten, wird daher die nat. obl. je nach der Beschaffenheit dieser Gründe einen verschiedenen Umfang haben, und, ebensowenig wie bei den gleich

---

1) S. oben §. 14.
2) Vgl. L. 108. D. de V. S. (L, 16). S. oben Seite 1. Anm. 2.
3) S. oben Seite 242.

den, so würde das pactum die ganze obl. aufheben, erst durch die Bürgschaft erhält dasselbe diese beschränktere Bedeutung, und entsteht zugleich die Möglichkeit einer Bethätigung für die noch vorhandene causa solvendi. Hält man nun daran fest, daß der Bürge als solcher nur zahlen soll, was der Schuldner schuldet, und daß daher mit vollständigem Erlöschen der Hauptobligation der fidejussor befreiet wird, so kann man, wenn man in der nat. obl. eben Nichts als diese causa solvendi sieht, nach Analogie des in L. 59. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1.) gebrauchten Ausdrucks hier wohl sagen: remanet propter fidejussorem naturalis obligatio. Ob bei einem solchen pactum auch die Pfänder (natürlich in der Hand eines Dritten) [19] verhaftet bleiben oder nicht, ist nirgends gesagt, denn die L. 5. pr. D. quib. mod. pign. solv. (XX, 6) kann als ein sicheres Zeugniß nicht wohl angesehen werden, weder für noch gegen diese Annahme [20]. Für die Haftung des pignus scheint die Analogie des Bürgen und der Umstand zu sprechen, daß beim Pfand noch viel deutlicher als bei der fidejussio der Grundsatz ausgesprochen ist, daß die Haftung so lange dauere, bis dem Gläubiger solutum vel satisfactum est [21], d. h. daß, wenn ein giltiges Pfand bestellt ist, in Bezug auf dieses die causa solvendi immer bis zur solutio als bestehend betrachtet werden muß. Dagegen könnte man freilich einwenden, daß der Bürge, und namentlich der nicht regreßberechtigte, haftet, weil auch in seiner Person die causa solvendi begründet ist, der Pfandbesitzer nur für die fremde Schuld obligirt ist, und daß der Anwendung des Satzes, das Pfand hafte, so lange nicht gezahlt worden, das Bedenken entgegen stehe, ob denn nicht das

---

tolli fidejussoris obligationem, si debitor propriam et personalem habuit defensionem. (Pap. lib. 28. Quaest.)

19) Die L. 11. §. 2. D. de pign. act. (XIII, 7) ist am natürlichsten von einem Fall zu verstehen, in welchem der debitor selbst das pignus bestellt hat, und wenn dann das pactum ohne Beschränkung abgeschlossen ist, so trifft dasselbe auch das Pfandrecht.

20) S. Bekker, im Jahrb. IV. S. 420.

21) L. 30. §. 1. D. de exc. r. jud. (XLIV, 2). L. 13. §. 1. D. ad SC. Vellejan. (XVI, 1). — L. 59. pr. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1).

freiwillige Aufgeben der actio einer satisfactio gleich zu achten. Allein wenn bei dem pactum der Wille des Paciscenten über den Inhalt desselben entscheidet [22]), so dürfte es doch richtiger sein, das ausdrücklich nur auf die Person des Schuldners gestellte pactum nicht auf die causa solvendi zu beziehen, falls noch durch ein Pfand, dessen Verfolgung den Paciscenten nicht beeinträchtigt, eine rechtliche Bethätigung derselben möglich ist.

Einen anderen Aufhebungsgrund der actio bildet der Wegfall des Gegenstandes derselben, wenn dieser eine species ist, und damit ist dann natürlich auch die causa solvendi völlig aufgehoben, weil diese ebenfalls nicht ohne einen Gegenstand existiren kann [23]). Ist indessen der Wegfall durch ein obligationswidriges Verfahren Seitens des debitor eingetreten, so wird die obligatio perpetuirt [24]). Dasselbe soll aber auch eintreten, wenn für die Schuld ein fidejussor bestellt worden, und dieser die Species vernichtet hat. Hier ist dann der reus liberirt, der fidejussor aber bleibt verhaftet

> L. 95. §. 1. D. de solut. (XLVI, 3.) — — Aliter [25]) quam in persona fidejussoris, qui promissum hominem interfecit: quia tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset. (Pap. lib. 28. Quaest.)
>
> L. 88. D. de V. O. (XLV, 1) — — si fidejussor hominem occiderit, reus liberatur, fidejussor autem ex stipulatione conveniri potest. (Paul. lib. 6. ad Plautium).

Es erklärt sich das entweder auf ähnliche Weise wie die Haftung des Bürgen bei dem pactum d. n. pet., daß nämlich

---

22) Diesem Willen gemäß kann denn auch umgekehrt das pactum sich mit auf das Pfandrecht beziehen. Vgl. L. 5. §. 1. D. quib. mod. pign. solv. (XX, 6).

23) L. 107. D. de solut. (XLVI, 3).

24) L. 91. D. de V. O. (XLV, 1).

25) In den diesem Satz vorhergehenden Worten ist der Fall erwähnt, daß der Schuldner, welcher nach seiner Wahl Stichum aut Pamphilum schuldete, den Einen getödtet hat, und darauf sine culpa promissoris auch der Andere gestorben ist. Hier ist gegen den promissor eine actio ex stip. nicht begründet, aber damit seine That nicht unbestraft bleibe, wird gegen ihn eine actio doli gegeben.

nur eine causa solvendi anzunehmen, die durch den dolus perpetuirt wird, wobei aber, anders als wenn die Perpetuation vom debitor selbst ausgegangen, der fidejussor allein obligirt bleibt, weil wohl der fidejussor für den reus, nicht aber dieser für jenen haftet, oder es ist die actio ex stipulatu nicht sowohl auf die Haftung des Bürgen als solchen, welche mit Wegfall der Hauptschuld erlöschen müßte, sondern vielmehr auf die Haftung aus dem dolus zu beziehen. Nach der Ansicht älterer Juristen, des Neratius und Julianus, war, wie uns Papinian, der selbst anderer Meinung ist, berichtet [26]), gegen den fidejussor, der als solcher nicht mehr verhaftet ist, nur die actio de dolo anwendbar, Africanus [27]) und Marcianus [28]) gehen ebenfalls von der Nichthaftung des Bürgen aus, wollen aber die actio ex stipulatio gegen denselben ex restitutione und als utilis zulassen, und auch die von Papinian und Paulus in den oben angeführten Stellen gestattete Klage kann möglicher Weise als utilis gemeint sein [29]). So lange man den fidejussor lediglich als für die Obligation des reus verhaftet auffaßte, konnte in unserem Fall von der Anwendung der actio ex stipulatu keine Rede sein, nachdem man aber die obl. fid. als eine selbständige ansah, mußte, auch wenn die Hauptschuld untergegangen war, die actio gegen den fidejussor zulässig erscheinen, sobald dieser nur einen Grund für eine von der Liberirung des debitor unabhängige Haftung gegeben hatte. Dieser un=

---

26) L. 19. D. de dolo malo (IV, 3). Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere. Neratius Priscus et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur. (Pap. lib. 37. Quaest.)

27) L. 38. §. 4. D. de solut. (XLVI, 3) — — in ipsum fidejussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occidit. (Afric. lib. 7. Quaest.)

28) L. 32. §. 5. D. de usur. (XXII, 1) — item si fidejussor solus moram fecerit, non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit, sed utilis actio in hunc dabitur. (Marcian. lib. 4. Regul.)

29) Derselbe Paulus erklärt aber den fidejussor in dem analogen Fall, wenn die obl. auf ein non facere gerichtet war, und der fidejussor fecit, für nicht verhaftet. L. 49. §. 1. D. de V. O. (XLV, 1.)

abhängige Grund ist der dolus und nur um dieses willen haftet der fidejussor nach Wegfall der Hauptschuld, seine promissio fidejussoria allein würde ein solches Resultat nicht haben können 30).

In derselben Weise kann auch unbedenklich die Haftung des dritten Pfandbesitzers, welcher die species, wofür das Pfand haftet, vernichtet, angenommen werden, denn die a. hypothecaria ist hier, weil weder solutum noch satisfactum est, an sich noch begründet und darauf, daß die Möglichkeit der solutio hinweggefallen ist, darf der Beklagte sich nicht berufen.

Ferner wird die actio, zugleich aber auch die causa solvendi, also die ganze obligatio, aufgehoben durch den Wegfall der in der Obligation stehenden Subjecte, und zwar nicht nur Beider, sondern schon Eines derselben, denn wie zu der actio ein debitor und creditor, so ist auch zu einer nat. obl. ein debitor und ein Anderer, cui debetur, nothwendig. Wenn nun aber, mit wenigen Ausnahmen 31), der Tod der Interessenten wegen des Uebergangs der obligatio auf und gegen den Erben die obl. unberührt läßt, so kann nur der unbeerbte Tod Eines der Interessenten die obligatio völlig aufheben. Aber auch hier soll, wenn für die Schuld ein fidejussor bestellt ist, derselbe verhaftet bleiben.

L. 95. §. 1. D. de solut. (XLVI, 3) s. oben S. 399.

L. 1. §. 14. D. depos. (XVI, 3.) Plane si fidejussisti pro eo, Labeo omni modo fidejussorem teneri ait: non tantum si dolo fecit is, qui depositum suscepit, sed et si non fecit, est tamen res apud eum. Quid enim si fureret is, apud quem depositum est, vel pupillus sit, vel neque heres, neque bonorum possessor, neque successor ejus extaret? Tenebitur ergo ut id praestet, quod depositi actione praestari solet. (Ulp. lib. 30. ad Ed.)

Wenn der Mangel eines successor lediglich dadurch entsteht, daß kein heres antreten will, so könnte man versucht sein, diese Haftung des Bürgen daraus zu erklären, daß die Schuld

---

30) Vgl. auch Bekker, proc. Consumtion. S. 203.

31) Siehe Brinz, Pand. S. 636.

auf der hereditas selbst hafte, allein die Haftung der Bürgen vor angetretener Erbschaft [32]) kann auf die hereditas doch nur unter Hinweis auf den demnächst eintretenden heres gerechtfertigt werden. Jedenfalls aber würde diese Begründung nicht ausreichen für solche Fälle, in denen überhaupt rechtlich eine Universalsuccession, eine hereditas unmöglich ist, z. B. bei dem Tode eines filiusfamilias [33]). Ist nun aber die Haftung des fidejussor ganz allgemein für den Wegfall des Schuldners ohne successor anerkannt, so daß wir auch die letztgenannten Fälle der Successionslosigkeit mit hieherrechnen müssen, so kann der Fortbestand der Bürgschaftsschuld nur in ähnlicher Weise erklärt werden, wie oben bei dem pactum de n. p. in personam. Erfüllt ist die Schuld nicht, es ist ein rein factisches Hinderniß, welches der Erfüllung entgegensteht, und zwar, falls die causa solvendi auf die Person des debitor beschränkt war, so völlig entgegensteht, daß eine rechtliche Existenz der causa nicht mehr angenommen werden kann [34]). Ist aber für die Schuld außer dem debitor noch ein Anderer verhaftet, so dauert in diesem die causa solvendi fort: remanet nat. obl. propter fidejussorem.

Ebenso muß unbedenklich, wenn wir auch kein Zeugniß dafür haben, die Fortdauer der actio hypothecaria, natürlich gegen einen Dritten angenommen werden, wenn für die Schuld ein Pfand bestellt war, und der debitor sine successore decesserit. Hier: remanet propter pignus nat. obl. quia nec solutum nec satisfactum est [35]).

---

32) Vgl L. 10. D. ut legator. (XXXVI, 3.)

33) L. 11. D. de fidej. (XLVI, 1).

34) S. Bekker, im Jahrb IV. S. 403. Nr. 4.

35) Ohne fidejussio oder Pfand existirt überall keine obl. mehr, und darum wird denn auch, wo jene Voraussetzungen nicht vorhanden sind, ausdrücklich die nat. obl. geleugnet. So in L. 18. D. de SCo Maced. (XIV, 6.), wo es sich um eine schon von vornherein klaglose obl. handelt, und wo, ebenso wie in L. 11. D. de fidej. (XLVI, 1), die Bestellung eines fidejussor für die Schuld post mortem debitoris für unmöglich erklärt wird. Ebenso muß eine Pfandbestellung für ungiltig gehalten werden. Eine Novation und ein Constitutum kann nicht von dem debitor (der nicht mehr da) ausgehen, nimmt sie der

Gehören zu einer actio wie zu einer obligatio, auch der naturalis, nothwendig zwei Personen, so muß auch die confusio, die Vereinigung dieser beiden Personen zu einer, die ganze obligatio aufheben [36]). Standen bei der Obligation lediglich Schuldner und Gläubiger einander gegenüber, so ist auch nicht denkbar, daß die causa solvendi, wenngleich in der confusio keine solutio liegt, wenigstens die Bedeutung der confusio nicht auf die Befriedigung des Gläubigers zu stützen ist [37]), noch irgend wie sich rechtlich bethätigen sollte. Die confusio läßt die obl. auch nicht einmal als nat. obl. zurück [38]). Anders stellt sich die Sache bei mehreren Correalschuldnern, von denen Einer mit dem creditor z. B. durch aditio hereditatis in eine Person zusammengefallen ist. Hier erscheint die confusio als exemtio personae [39]), die, anders als die solutio, nur soweit wirkt als die persona zur Bethätigung der causa solvendi erforderlich ist; die bis dahin alternativ auf beide debitores gestellte causa wird nunmehr auf einen beschränkt.

Ferner müssen daher die Accessionen der Schuld, soweit sie in anderen Personen begründet sind, bei der Confusio zwischen dem Hauptschuldner und dem Gläubiger bestehen bleiben, denn für sie existirt die causa solvendi trotz des Wegfalls der Hauptschuld. Wenn nun aber dennoch mit dieser Confusion zugleich die fidejussores liberirt sind, so hat das seinen Grund in der besonderen Natur dieser Accession. Davon redet

> L. 71. D. de fidej. (XLVI, 1.) — — Et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam; sed et accessiones ex ejus persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut quemadmodum inci-

---

fidejussor vor, so bezieht sie sich auf die fidejussoria actio. Compensation kann nicht vorkommen.

36) L. 107. D. de solut. (XLVI, 3.)

37) Vgl. Fitting a. a. O. S. 122.

38) Die Wirkung der confusio gründet sich nicht, wie v. Savigny, Syst. V. S. 393 sagt, auf das subtile Civilrecht, sondern folgt aus dem Wesen der obl., selbst der klaglosen.

39) L. 71. D. de fidej. (XLVI, 1.)

pere alias non possunt, ita nec remaneant. (Paul. lib. 4. Quaest.) 40)

Die confusio ist nur exemtio personae, aber dennoch (sed) sind die accessiones — und der Jurist meint hier nur die fidejussores — liberirt, nicht allein um der confusio willen, sondern weil Niemand für denselben bei demselben Bürge sein kann, und weil, wie Niemand von vornherein so sich zu verbürgen im Stande ist, auch nicht durch Confusio dieses Resultat eintreten kann. Dieser Grund trifft aber nicht zu bei einem für die Schuld bestellten Pfandrecht. Für dieses gilt die causa solvendi so lange, bis solutum vel alio modo satisfactum est, und wenn das Pfand sich in der Hand eines Dritten befindet, so steht die confusio der Geltendmachung der actio hypoth. nicht entgegen. In dem Pfande zeigt sich dann also trotz der confusio der Bestand der causa solvendi: remanet propter pignus naturalis obligatio.

Ist das Pfand in der Hand des Gläubigers oder des Schuldners, welche confusione eine Person geworden, so muß dasselbe allerdings erlöschen, aber nur deßhalb, weil Niemand an seiner eigenen Sache ein Pfandrecht haben kann. Indessen ist auch hier unter Umständen der Bestand des Pfandrechts noch erkennbar, nämlich wenn die Sache zugleich anderen Personen weiter verpfändet ist, gegen deren actiones hypothecariae dann die erste Verpfändung eine exceptio gewährt. Es kann aber in diesem Fall das Pfandrecht selbst noch eine weitere Bedeutung gewinnen, nämlich wenn die confusio wieder aufgehoben wird und damit Schuldner und Gläubiger von Neuem als getrennte Personen einander gegenüberstehen. Ein Beispiel der Art enthält die schon mehrfach erwähnte

L. 59. pr. D. ad SC. Trebell. (XXXVI, 1) 41). De-

---

40) Vgl. L. 21. §. 3. D. de fidej. (XLVI, 1.)

41) Diese Stelle hat die verschiedensten Auslegungen erfahren. Von den neueren Interpreten (bei denen sich die umfängliche alte Literatur verzeichnet findet) sind hauptsächlich zu nennen: Francke, civ. Abhh. S. 86 ff. Büchel a. a. O. Band I. S. 53. — v. d. Pfordten in der angeführten Dissertation, S. 55. — Vgl. auch v. Savigny, System. V. S. 393. Obl. R. I. S. 79. — Bekker, Jahrbuch Band IV. S. 403. 421.

bitor sub pignore creditorem heredem instituit, eumque rogavit, restituere hereditatem filiae suae i. e. testatoris: cum nollet adire ut suspectam, coactus jussu Praetoris adiit et restituit: cum emptorem pignoris non inveniret, desiderabat permitti sibi, jure dominii id possidere. Respondi: Aditione quidem hereditatis confusa obligatio est. Videamus autem, ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione. Atquin sive possidet creditor (actor) [42]), idemque heres rem, sive non possidet, videamus de effectu rei. Et si possidet, nulla actione a fideicommissario conveniri potest, neque pigneratitia, quoniam hereditaria est actio [43]), neque fideicommissum quasi minus restituerit, recte petetur, quod eveniret, si nullum pignus intercessisset; possidet enim eam rem quasi creditor. Sed etsi fideicommissarius rem teneat et hic Serviana actio tenebit: verum est enim, non esse solutam pecuniam: quemadmodum dicimus cum amissa est actio propter exceptionem. Igitur non tantum retentio, sed etiam petitio pignoris nomine competit, et solutum non repetetur. Remanet ergo propter pignus naturalis obligatio. (Paul. lib. 4. Quaest.)

Ein debitum sub pignore ist durch confusio erloschen, letztere aber durch Restitution der ganzen Erbschaft wieder aufgehoben und dadurch die Frage möglich geworden, ob das pignus zu dem Vermögen des Gläubigers oder in die den Fideicommissarien restituirte hereditas des debitor gehört. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob das Pfandrecht noch giltig ist trotz der confusio, oder nicht. Dieses wird nun bejaht und gezeigt, wie der Gläubiger, mag er im Besitz des pignus sein oder nicht, durch die confusio und die darauf erfolgte Restitution in keinerlei Weise an der Ausübung seines Pfandrechts gehindert ist. Besitzt der creditor, so kann die petitio fideicommissi, die einzige dem Fideicommissar gegen den

42) Ueber dieses Einschiebsel s. Francke a. a. O.

43) Ueber diesen Satz, und die Unzulässigkeit der Veränderung desselben in: q. h. non est actio (Cujacius) s. Francke a. a. O. S. 96.

Fiduciar zustehende Klage, welche auf Herausgabe alles zur hereditas Gehörigen geht, dem creditor den Besitz des pignus nicht entziehen, weil er denselben nicht als heres, sondern als creditor, Pfandgläubiger, hat. Besitzt der creditor nicht, so kann er gegen die Fideicommissarinn, wie auch Dritte die actio hypothecaria giltig erheben, denn da für die Schuld das Pfand giltig bestellt war, so besteht in dieser Beziehung, trotz der confusio, die causa solvendi bis, was hier nicht der Fall, solutio oder satisfactio eingetreten. Die Folge dieses Bestandes des pignus ist dann auch, daß das solutum non repetetur, weil die solutio die Befreiung des pignus, die Aufhebung der causa solvendi auch nach dieser Seite hin ist. Der Schlußsatz der Stelle ist daher denn auch wörtlich genau dahin zu verstehen: wegen des pignus bleibt hier eine nat. obligatio. Lediglich die Existenz des Pfandrechts läßt die causa solvendi trotz der confusio noch als bestehend erscheinen, und natürlich nur gerade mit der aus dem Pfandrecht sich ergebenden Rechtsfolge: ohne das Pfandrecht würde keine nat. obl. vorhanden sein, die confusio hätte das zwischen debitor und creditor ausschließlich bestehende obligatorische Verhältniß völlig vernichtet [44].

Auf diese Weise erhalten denn auch die Worte: Videamus ne et pignus liberatum sit sublata naturali obligatione ihre Erklärung. Der Jurist geht davon aus, daß auch die obligatio an und für sich durch die confusio vollständig aufgehoben wird, und knüpft daran die scheinbar zu bejahende Frage, ob daher auch das pignus liberirt sei [45]. Nachdem er aber gezeigt hat, wie, wenn für die Schuld ein pignus bestehe, dieses durch die confusio nicht berührt werde, schließt er dann damit, daß aus diesem Fortbestand des pignus sich der Fortbestand der causa solvendi, also der naturalis obligatio ergebe [46].

44) S. auch Bekker, im Jahrbuch. S. 403. Nr. 6. — Die Behauptung v. Savigny's, Obl. R. a. a. O., es dauere die n. obl. fort „mit den gewöhnlichen Folgen derselben“, ist nicht nur nicht zu erweisen, sondern steht auch dem Wortlaut der L. 59. cit. — propter p. — entgegen.

45) S. auch Fitting a. a. O. S. 110.

46) Es ist daher auch unzuläßig, den Bestand der n. o. darauf zu stellen,

Wenn aber die obligatio Accessionen hat, so kann eine confusio auch noch in anderer Weise als zwischen Gläubiger und Schuldner eintreten, einmal nämlich zwischen dem Gläubiger einerseits und dem fidejussor oder Pfandbesitzer andererseits, wo dann natürlich fidejussio und Pfandrecht untergehen, weil Niemand für seinen eigenen Schuldner Bürge sein [47]) und Niemand ein Pfandrecht an eigener Sache haben kann, sodann aber auch zwischen dem Schuldner und dem fidejussor oder Pfandbesitzer. Beerbt der Schuldner den Pfandbesitzer, oder umgekehrt dieser jenen, so ist das für das Recht des Gläubigers, welcher neben seiner persönlichen actio auch noch die dingliche hat, ohne Bedeutung, der Schuldner haftet beiden. Ist dagegen der Schuldner und der fidejussor durch Beerbung zu einer Person geworden, so stellte man wohl als Regel auf, daß der Schuldner nur noch ex principali causa hafte, die fidejussoria obligatio aber untergehe, allein Papinian beschränkt und modificirt diese Regel dahin, daß von den beiden in eine Person zusammengefallenen Obligationen immer die plenior übrig bleibe.

> L. 95. §. 3. D. de solut. (XLVI, 3.) Quod volgo jactatur fidejussorem qui debitoris heres extitit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur. (Pap. lib. 28. Quaest.)

Die genannte allgemeine Regel stützt sich offenbar auf die accessorische Eigenschaft der fidejussio, da bei dem Zusammentreffen zweier (principaler) Correalschulden in einer Person beide bestehen bleiben [48]). Wenn man nun aber darum, weil

---

daß in diesem Falle, weil die confusio gegen den Willen des Gläubigers eingetreten sei, dieser ex aequitate gegen jeden Verlust, also namentlich den des pignus geschützt werden müsse — v. d. Pfordten a. a. O. S. 57 — —. Von einer solchen aequitas enthält die Stelle Nichts. Auch Fitting a. a. O. stellt die Entscheidung des Paulus unter den Einfluß von Billigkeitsrücksichten, freilich in anderer Weise wie v. d. Pfordten, indem er ganz richtig die n. o. auf den Bestand des pignus beschränkt.

47) L. 21. §. 3. D. de fidej. (XLVI, 1.)

48) L. 5. D. de fidej. (XLVI, 1) — nec enim potest reperiri, quae obligatio quam perimat.

das minus in dem plus enthalten ist, und in diesem aufgeht, die obl. fidejussoria als weggefallen ansah, so mußte man da, wo die letztgenannte obl. die plenior war, z. B. bei einer durch fidejussio gesicherten nat. obl. zu dem entgegengesetzten Resultat kommen [49]). Man müßte selbst consequenter Maßen noch weiter gehen und einen Wegfall der einen obligatio immer nur gerade soweit annehmen, wie dieselbe in der anderen enthalten war. Diese Auffassung finden wir z. B. bei Africanus in

> L. 21. §. 2. D. de fidej. (XLVI, 1.) Servo tuo pecuniam credidi, eum tu manumisisti: deinde eundem fidejussorem accepi: si quidem in eam obligationem fidejubeat, quae adversus te intra annum sit, obligari eum ait, si vero in naturalem suam, potius ut nihil agatur; non enim intelligi posse, ut quis pro se fidejubendo obligetur. Quod si hic servus manumissus fidejussori suo heres existat, durare causam fidejussionis putavit, et tamen nihilominus naturalem obligationem mansuram, ut si obligatio civilis pereat, solutum repeti non possit. Nec his contrarium esse, quod cum reus fidejussori heres existat, fidejussoria obligatio tollatur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest. Retro quoque si fidejussor servo manumisso heres extiterit, eadem adversus eum obligatio manet, quamvis et naturaliter teneatur, nec pro se quis fidejubere possit. (Afric. lib. 7. Quaest.)

Ein fidejubere für die eigene Schuld ist nicht möglich, ist aber einmal eine giltige fidejussio vorhanden, so kann auch der debitor selbst der fidejussoria actio haften, nämlich wenn bei eintretender confusio die Hauptschuld eine klaglose, die Bürgschaftsschuld eine klagbare ist. Die klaglose Schuld geht nun freilich ganz in der klagbaren auf, allein wenn auch eine duplex civilis obligatio d. h. eine doppelte actio nicht gegen den Schuldner zustehen kann, so ist doch immer die duplex causa solvendi vorhanden, nämlich aus dem Hauptgeschäft, hier dem mutuum, und sodann aus der promissio fidejussoria, und wenn daher

49) L. 95. §. 3. D. de solut. (XLVI, 3). Nam si reus (natura) duntaxat fuit obligatus, fidejussor (non) liberabitur.

die Bürgschaftsobligation untergeht, so soll die nat. obl. wieder allein hervortreten und die repetitio soluti ausschließen.

Ist aber die Hauptschuld klagbar, so fällt nach der von Africanus citirten Regel die fidejussoria obligatio weg, und zwar vollständig, da sie in der Hauptobligation durchaus enthalten ist. Nur ein wiederum für die fidejussio bestelltes Pfandrecht läßt die causa fidejussoria noch daneben als existent erscheinen.

> L. 38. §. 5. D. de solut. (XLVI, 3). Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit, post idem heredem te instituit; quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, tamen pignus obligatum manebit. At si idem alium fidejussorem dederit, atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus pro quo fidejussum sit, eum quoque, qui fidejusserit, liberari. (African. lib. 7. Quaest.) 50)

In Bezug auf das Pfandrecht existirt die causa solvendi bis zur solutio, und darum gilt denn trotz des Wegfalls der obl. fidejussoria hier, wie oben in L. 59. ad SC. Trebell., der Satz: remanet propter pignus naturalis obligatio. Diese nat. obl. ruht aber auch hier allein auf dem pignus, und darum ist die Entscheidung über den Bestand der fidejussio fidejussionis die entgegengesetzte. Die völlige Aufhebung der obligatio, für welche die zweite fidejussio bestellt worden, hebt auch diese fidejussio auf. Africanus sagt indessen nur, dieses sei: »rectius existimari«, und deutet damit auf eine andere, wenigstens mögliche Auffassung hin, wonach der fidejussor fidejussoris verhaftet bleibe, so daß also auch propter fidejussorem nat. obl. fortbestehe. Dieses Resultat würde sich ergeben, wenn wir die mit einer fidejussio versehene obl. fidejussoria als die plenior betrachten und dann gerade soweit dieselbe über die Hauptobligation hinausreicht, einen Bestand derselben annehmen wollten, ähnlich wie dieses oben bei dem unbeerbten Versterben des Schuldners geschehen. Der Jurist erklärt sich gegen diese Annahme und bleibt bei der Regel, wonach, weil

50) v. d. Pfordten a. a. O. S. 58.

die Hauptschuld klagbar, die fidejussoria obl. völlig untergeht, und damit auch deren fidejussor befreiet wird [51]).

§. 20.

Ferner muß die actio, da sie wesentlich Klagrecht ist, erlöschen, sobald Gläubiger oder Schuldner die Fähigkeit zum convenire oder zum conveniri absolut, oder auch nur gerade gegen die bestimmte andere Person verlieren [1]).

Wenn also der Gläubiger oder der Schuldner servus wird, so fällt jedenfalls die actio für oder gegen ihn hinweg, da der servus unfähig ist, ein Forderungsrecht zu haben oder — wenigstens aus Rechtsgeschäften — civilis debitor zu sein. Dasselbe muß auch gelten, wenn der Gläubiger filiusfamilias wird, falls nicht seine Forderung zu denen gehört, welche auch ein filiusfam. haben kann [2]), und das gleiche Resultat muß, wegen der relativen Unfähigkeit zum convenire und conveniri dann eintreten, wenn Gläubiger und Schuldner durch dieselbe potestas mit einander verbunden werden, natürlich wieder mit Ausnahme der Fälle, in denen auch zwischen solchen Personen eine actio gestattet ist [3]).

Ist nun auch durch solche Veränderungen die actio für und gegen die betreffenden Personen nicht mehr möglich, so wird der Wegfall derselben häufig dadurch vermieden, daß mit jenen Veränderungen zugleich ein Uebergang der Obligationen auf eine andere fähige Person verbunden ist, so daß dann also die obl. als civilis bestehen bleibt. Wenn aber eine solche successio nicht eintritt, so muß die actio untergehen, zugleich aber dürfen wir, weil die Subjecte der obl. auch nach jenen Veränderungen noch fähig sind zu einer nat. obl. und weil in jenen Veränderungen an sich keine Aufhebung der causa solvendi liegt, den Fortbestand der obl. als einer naturalis, und zwar

---

51) L. 178. D. de R. J. (L, 17.)
1) Vgl. oben S. 240 f.
2) S. oben S. 314 f.
3) Vgl. L. 4. D. de jud. (V, 1).

in dem Umfange annehmen, welchen die nunmehrige Stellung der Interessenten gestattet [4]).

Dabei ist jedoch zu beachten, daß die erwähnten Veränderungen meistens in Folge einer capitis deminutio eintreten, und daß diese, als eine rechtliche Aufhebung der betreffenden Persönlichkeit [5]), die Bethätigung der nat. obl. noch aus besonderen in dieser Bedeutung der c. d. liegenden Gründen beschränken kann, wie denn auch auf der anderen Seite die die actio aufhebende Wirkung der c. d. nicht durch die nunmehrige Unfähigkeit der Deminuirten zur actio bedingt ist.

Ohne capitis deminutio [6]) kann von den oben genannten Veränderungen nur die Vereinigung der beiden Obligationsinteressenten durch ein und dieselbe potestas vorkommen. Diese kann durch Beerbung bewirkt werden. Wenn nämlich der paterfam. des Schuldners den Gläubiger des Letzteren beerbt, so muß die bis dahin diesem zustehende actio untergehen, weil der pater, abgesehen von Forderungen, welche mit dem p. castrense und was dem gleichsteht, zusammenhängen, keine actio gegen den eigenen filius haben kann [7]); die obligatio besteht aber, da in dem nunmehrigen Verhältniß der Parteien zu einander dafür kein Hinderniß liegt, als nat. fort, und zwar ohne Zweifel in dem vollen Umfange, den eine obl. haben würde, welche von vornherein zwischen diesen Personen begründet wäre. Die Quellen erwähnen als Zeichen der Bethätigung dieser obl. nur

4) Vgl. oben §. 15. und 16.

5) So wird namentlich die c. d. maxima mit dem Tode verglichen. L. 209. D. de R. J. (L, 17.) L. 59. D. de cond. (XXXV, 1). Ebenso die c. d. media L. 63. §. 10. D. pro socio (XVII, 2.) L. 4. §. 2. D. de bon. lib. (XXXVIII, 2). Dasselbe muß aber auch, wenngleich in beschränkterem Umfang, von der c. d. minima gelten. s. v. Scheurl, Beiträge Nr. IX.

6) Vgl. v. d. Pfordten, Abhandl. S 212 ff — und in der citirten Dissertation §. 11. (p. 54). — An beiden Stellen werden aber die mit und ohne c. d eintretenden Verbindungen der beiden Obligationsinteressenten durch eine potestas nicht unterschieden.

7) Vgl. oben §. 16. — Kommt auf diese Weise die obl. an zwei unter ein und derselben Gewalt eines Dritten Befindliche, z. B. zwei Brüder, so verhält sich die Sache natürlich ebenso.

zwei Punkte, nämlich, daß der pater beim Verkauf der hereditas dem Käufer die Schuld des filius soweit praestiren muß, als er sich wegen derselben der deductio ex peculio bedienen könnte [8]), und ferner, daß derselbe Betrag bei Berechnung der quarta Falcidia in Anschlag zu bringen ist [9]). Daraus ergiebt sich aber mit Sicherheit die Annahme einer bestehenden Schuld.

Bei anderen derartigen Erbfällen gestaltet sich die Sache anders. Gläubiger kann der filius nur sein in Bezug auf selbständige peculia, und wenn ein Schuldner des filius für diese vom pater beerbt wird, so bleibt die obl. eine civilis. Wenn ferner der filius einen Gläubiger oder Schuldner des pater beerbt, so fällt nach früherem Recht die Erbschaft völlig an den pater und die obligatio muß erlöschen. Nach Just. Recht gehört indessen die hereditas zum Adventicium des filius [10]), und wenn wegen solcher bona keine actio zwischen pater und filius möglich ist, so muß dieselbe untergehen, allein die obligatio bleibt wenigstens insofern — und dann als naturalis — von Bestand, als der pater, wenn er der Gläubiger des Erblassers gewesen, den Betrag der obl. aus dem adventicium in sein eigenes Vermögen nehmen kann, und umgekehrt, wenn der pater der Schuldner war, bei Aufhebung der p. p. der Betrag der Schuld mit zu dem dem filius herauszugebenden b. adventicium zu rechnen ist [11]).

---

8) L. 37. pr. D. de pecul. (XV, 1.) Si creditor filii tui heredem te instituerit, et tu hereditatem ejus vendideris, illa parte stipulationis: quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit, teneberis de peculio (Julian. lib. 12. Dig.) — L. 2. §. 6. D. de hered. vel act. vend. (XVIII, 4.)

9) L. 30. §. 1. D. de pecul. (XV, 1.) L. 83. D. ad L. Falcid. (XXXV, 3.) Die Entscheidung über den in beiden Stellen anders bestimmten Zeitpunkt der Berechnung der Falcidia enthält L. 56. D. ad L. Falcid. — Vgl. v. d. Pfordten, Abhh. S. 213 f.

10) S. oben S. 332 f.

11) V. d. Pfordten a. a. O. S. 215. will hier eine civilis obligatio annehmen, allein das ist nach dem, was oben über die Stellung von pater und filius in Bezug auf das b. advent. gesagt ist, unmöglich, auch kann die Verpflichtung des pater, mit dem adv. demnächst die der hereditas zustehenden debita herauszugeben, die obl. nicht als klagbar erscheinen lassen. — V. d. Pfordten will hier ferner auch noch durch

Wenden wir uns nun zu denjenigen Fällen solcher Veränderungen, welche durch capitis deminutio [12]) bewirkt werden, so hebt, wie schon erwähnt, die c. d. die actio auf, auch ohne Rücksicht darauf, daß vielleicht der c. minutus nach wie vor vollkommen fähig ist zum convenire und conveniri, weil der Deminuirte wie eine neue Person angesehen wird [13]). Erst der Praetor hat, im Allgemeinen wenigstens, diesen Wegfall der actio auf die Fälle der c. d. beschränkt, in denen die rechtliche Stellung des c. deminutus denselben zur actio, activ oder passiv, unfähig machte.

Ist aber dieses die Bedeutung der c. d., so könnte man meinen, daß die ganze obligatio durch dieselbe aufgehoben würde, weil die obl. doch wesentlich an die einmal in ihr stehenden Personen geknüpft ist. Allein die Aufhebung der persona durch die c. d. ist keineswegs eine so völlige, daß jene Annahme nothwendig erscheint, sie umfaßt den Menschen gleichsam rein von der rechtlichen Seite, und läßt selbst auf dieser manche Obligationen unberührt, weil sie mehr factischer wie rechtlicher Natur sind, und mehr den physischen als den juristischen Menschen treffen [14]). Außerdem wird es wenigstens für

---

Cession der Forderung an Jemanden, der mit dem Schuldner durch p. p. verbunden ist, die obl. zu einer klaglosen werden lassen, und meint die L. 7. D. de V. O. (XLV, 1) Actiones adversus patrem filio praestari non posse, dum in potestate est filius, stehe nach neuestem Recht, welches eine wahre Cession der Forderung, nicht nur eine praestatio actionis kenne, nicht mehr entgegen. Allein, wenn der filius überhaupt kein Recht ex obl. gegen den Vater haben kann, so kann derselbe auch im neuesten Recht ein solches nicht erwerben, und die Cession ist daher auch jetzt noch immer nichtig. — Vgl. auch oben S. 176 ff.

12) Vgl. T. D. de cap. min. (IV, 5). Tit. J. de cap. demin. (I, 16).

13) Vgl. Walter, Rechtsgesch. Bd. II. §. 434. 488. 489. v. Scheurl a. a. O. — s. auch v. Savigny, System. Bd. II. S. 70.

14) Ueber diejenigen Obligationen, welche von der c. d. nicht berührt werden, also auch für und gegen den deminutus als klagbare fortbestehen, soweit ihm nur seine spätere Stellung die Fähigkeit dazu nicht abschneidet, s. Burchardi S. 260 f., v. Savigny, System. Band II. S. 104 ff. Davon abweichend und der älteren Anschauung zugewandt: v.

die c. d. minima ausdrücklich anerkannt, daß dieselbe wohl die actio gegen den deminutus aufhebt, nicht aber das debitum desselben, die civile Schuld also eine naturale wird.

L. 2. §. 2. D. h. t. Hi, qui capite minuuntur, ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, manent obligati naturaliter (Ulp. lib. 12. ad Ed.) [15].

und diese Annahme entspricht völlig, wie dem Wesen der c. d., so auch zugleich dem der nat. obl., als einer an sich wirkungslosen, auf den rein factischen Bestand der causa solvendi beschränkten. Da indessen der Schuldner nach eingetretener c. d. min. stets imStande ist, gerichtlich belangt zu werden, also civilis debitor zu sein, so ist vom Praetor die actio wieder hergestellt, und somit der obl. ihr klagbarer Charakter erhalten.

L. 2. §. 1. D. h. t. Ait Praetor: Qui quaeve posteaquam quid cum his actum, contractumve sit [16], deminuti deminutaeve esse dicentur, in eos easve perinde quasi id factum non est, judicium dabo [17].

Um nun aber genauer die Rechtswirkung der c. d. minima auf die Obligationen des deminutus zu erkennen, müssen wir die verschiedenen Rechtsgeschäfte, welche diese c. d. herbei-

---

v. Pfordten a. a. O. S. 48 ff. — Ein tieferes Eingehen auf dieses Verhältniß würde hier zu weit von dem Gange der Darstellung abführen, für diese genügt es hervorzuheben, daß die c. d. nicht eine vollkommene Aufhebung der persona ist, und ferner, daß gerade die mehr factischen Verhältnisse durch die c. d. nicht berührt werden, was denn darauf hinweist, daß die c. d. die obl. als naturalis ebenfalls bestehen lassen kann.

15) Ueber die hierauf folgenden Worte s. v. Savigny, System. II. S. 83. Auch noch nach der c. d. minima kann die obl. eine naturalis tantum sein, nämlich wenn sie von dem in mancipio befindlichen geschlossen ist. Der in mancipio ist servi loco, und es gilt von seiner obl. das oben von den servis Gesagte. Im späteren Recht kommt das mancipium aber nur noch als Uebergangszustand vor.

16) Delictsschulden bleiben ohnehin klagbar. L. 2. §. 3. D. h. t.

17) Vgl. Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in den früheren Stand. S. 264 ff. — Schneider, die allgemein subsidiären Klagen des Röm. Rechts. S. 278. — v. Savigny, System. Band II. S. 83. Band VII. S. 210. — Obl. R. I. S. 80.

führen, arrogatio, adoptio [18]) und emancipatio besonders behandeln.

Durch die arrogatio gingen die actiones des arrogatus mit dessen gesammtem Activvermögen durch einen Universalerwerb auf den pater über [19]), im Just. Recht aber werden sie bonum adventicium des Arrogirten und behalten also auch gewissermaßen für den c. minutus selbst ihren vollen rechtlichen Bestand [20]); die debita. des arrogatus waren aber nicht mit in jenen Universalerwerb begriffen, sondern blieben, da weder gegen den pater, noch gegen den arrogatus selbst eine actio wegen derselben mehr zustand, nur als naturaliter debita bestehen. Gegen diesen Verlust der actio wurden aber die Gläubiger auf Grund der offenbar vorliegenden Unbilligkeit desselben schon sehr früh durch in integrum restitutio, dann durch eine fictitia actio nach dem oben angeführten Edict geschützt [21]), und somit ist die arrogatio nicht mehr Veranlassung zur Umwandlung einer civ. obl. in eine naturalis.

---

18) Dieselben Grundsätze gelten bei der in manum conventio einer femina sui oder alieni juris.

19) Gai. III. §. 82. 83. IV. §. 38. L. 15. pr. D. de adopt. (I, 7). — Ausgenommen sind: die jurata operarum obl., weil sie ein Accessorium des auf den arrogatus nicht mit übergehenden Patronats ist, die obl., welche durch legit. judicium contrahirt ist, und noch andere wie z. B. das Recht aus der adstipulatio, bei denen ein Uebergang auf den Gewalthaber nicht möglich ist. — Vgl. v. Scheurl a. a. O. S. 247 ff. — Ueber den Unterschied zwischen der erbrechtlichen Un.-Succession und diesem Universalerwerb s. v. Scheurl ebendas. S. 35 ff.

20) §. 1. 2. J. de acquis. per arrog. (III, 10). — v. d. Pfordten a. a. O. S. 211. behauptet, diejenigen bona, welche der arrogatus als miles u. s. w. erworben, würden nun pec. militare, allein dafür fehlt es an jedem Zeugniß, und es ist wohl nicht gestattet, nachträglich das Vermögen des arrogatus nach dem früheren Erwerb der einzelnen Theile zu sondern. Auch die allgemeine Fassung des §. 2. J. cit. dürfte dem entgegenstehen.

21) Gai. III. §. 84. — IV, 38. Weil die c. d. als nicht geschehen fingirt wurde, so mußten auch die bona des arrogatus trotz des Erwerbs derselben durch den pater arrog. haften, und dadurch wurde dieser Erwerb auf den Activsaldo aus dem Vermögen des arrogatus beschränkt, ebenso wie dieses auch bei der c. d. magna geschah. — s. unten. — Vgl. auch L. 42. D. de pecul. (XV, 1).

Eine Ausnahme finden wir nur in dem Fall, wo die arrogatio sich zwischen debitor und creditor selbst vollzieht. Wenn Jemand seinen eigenen Schuldner arrogirt, so ist die actio, als von nun an unter denselben Personen unmöglich, aufgehoben [22]), und darum gilt denn auch hier nicht das erwähnte Edict, die obl. bleibt als naturalis stehen [23]), und hat denselben Umfang wie eine zwischen pater und filius contrahirte. Selbst nach demnächst geschehener Aufhebung der potestas des arrogator soll diesem die actio nicht restituirt werden, die obl. also eine naturalis bleiben,

> L. 2. §. 4. D. h. t. Ei qui debitorem suum adrogavit, non restituitur actio in eum postquam sui juris fiat.

offenbar weil in diesem Fall nicht der Billigkeitsgrund vorlag, welcher zur Aufstellung des Edicts, und vorher zur Restitution, geführt hatte.

Arrogirt aber Jemand seinen Gläubiger, so muß, nach älterem Recht wenigstens, nicht nur die actio, sondern die ganze obl. erlöschen, da actio und debitum in eine Hand zusammenkommt, nach Just. Recht dagegen ist, da die bona arrogati als dessen Adventicium gelten sollen, allerdings auch eine actio nicht möglich, allein die obl. besteht doch insofern fort, als bei einer demnächstigen Berechnung das Adventicium dieses debitum mit zuzurechnen ist. Die obl. ist mithin noch als naturalis erkennbar.

Bei einer adoptio kann es sich regelmäßig nur um debita

---

22) L. 11. D. de jud. (V, 1). s. oben Seite 311.

23) Also auch in dem Fall, wenn der arrogator gerade in Bezug auf militairischen Erwerb des arrogatus dessen Schuldner geworden s. oben Anm. 20. — Dasselbe gilt auch von Delictsschulden des arrogatus an den arrogator, und während im früheren Recht darüber gestritten wurde, ob hier nur die Delictsklage während der Zeit der potestas des Verletzten ruhte, ist später der völlige Wegfall allgemein anerkannt. — Gai. IV. §. 78. — §. 6. J. de nox. actt. (IV, 8). L. 37. D. eod. (IX, 4). L. 18. 64. D. de furt. (XLVII, 2). Eigentlich geht die Delictsschuld völlig unter — s. oben S. 329 —, sie als solche noch aufrecht zu erhalten, kann nur in Bezug auf die Haftung des Vermögens des arrogatus dritten Gläubigern gegenüber von Bedeutung sein.

handeln, für diese gilt dasselbe wie für die debita des arrogatus; denn die Unrealisirbarkeit der actio gegen den filius macht nicht diese selbst unmöglich, und das Edict bezieht sich allgemein auf die c. d. minima [24]). Nur wenn der pater adoptivus selbst der Gläubiger ist, geht die actio unter, die obligatio bleibt naturalis. Vermöge des pec. castrense und anderer diesem hier gleich stehenden Peculien kann indessen der filius auch Forderungen haben, ob diese aber durch die c. d. überhaupt ergriffen werden oder nicht, ist aus den Quellen nicht zu ersehen. Das Wahrscheinlichere dürfte wohl sein, daß die c. d. diese bona und die damit zusammenhängenden actiones unberührt läßt [25]), denn wenn dieselben so sehr selbständiges Eigenthum und Recht des filius sind, daß er sogar gegen den pater deßwegen processiren kann, so ist nicht wohl anzunehmen, daß dem Letzteren die Befugniß zugestanden habe, durch eine von ihm ausgehende adoptio dem filius dieses sein Vermögen zu entziehen resp. zu schmälern, auch liegt, wie erwähnt, in der neuen Stellung des adoptatus kein Grund gegen die fernere Existenz der actio [26]). Will man aber diese bona mit unter die Folgen der c. d. ziehen [27]), so müssen sie nach älterem Recht durch Universalerwerb auf den pater adoptans übergehen, nach Just. Recht adventicium werden, und die Verhältnisse stellen sich dann wie bei der arrogatio [28]).

Auch für die emancipatio muß hinsichtlich der Schulden

---

24) Die L. 45. D. de adopt. (I, 7.) Onera ejus, qui in adoptionem datus est, ad patrem adoptivum transferuntur (Paul. lib. 3. ad L. Jul. et Pap.) macht in ihrer generellen und unbestimmten Fassung eine sichere Erklärung fast unmöglich. Daß dieselbe allgemein auf die debita des filius zu beziehen, wird auch dadurch zweifelhaft, daß sie aus einem Werke über die L. Papia entnommen ist. — Vgl. übrigens Burchardi a. a. O. S. 272. Anm. 25.

25) Vgl. v. Scheurl a. a. O. S. 253. Was bei v. Scheurl von der emancipatio gesagt ist, muß gleichmäßig von der adoptio gelten.

26) Vgl. auch L. 6. §. ult. D. de injust. test. (XXVIII, 3.)

27) So z. B. Burchardi a. a. O. S. 271 a. E.

28) Die dem filius ausnahmsweise proprio nomine zustehenden actiones — s. oben S. 314. — bleiben bestehen, sie werden ihrer Natur nach von der c. d. nicht berührt. s. oben Anm. 14.

des emancipatus das oben erwähnte Edict gelten, nur concurrirt in diesem Falle ein anderes Edict:

L. 2. pr. D. quod cum eo. (XIV, 5.) Ait Praetor: In eum, qui emancipatus — erit — — ejus rei nomine, quae cum eo contracta erit, quum is in potestate esset — — actionem causa cognita dabo, in id, quod facere potest. (Ulp. lib. 29. ad Ed.) [29]

Die Restitution der actio ist demnach auf das in quantum facere potest debitor beschränkt, darüber hinaus muß das debitum als ein naturale tantum angesehen werden, wie es die c. d. an sich mit sich bringt. Forderungen konnte der emancipatus [30] nur haben in Bezug auf das p. castrense u. s. w., und diese müssen wiederum, aus den oben bei der adoptio angeführten Gründen, als durch die c. d. nicht berührt angesehen werden. Dasselbe muß aber auch von dem b. adventicium gelten, welches bei der emancipatio vom pater dem filius herauszugeben ist [31].

Wenden wir uns nun zu der c. d. maxima und media [32], so ist die vermögensrechtliche Wirkung beider größer als die der c. d. minima. Der deminutus soll pro mortuo angesehen werden und alle Rechte, öffentliche und private, letztere sogar in größerem Umfange, wie bei der c. d. minima, verlieren [33]. Der Fortbestand der nat. obl. ist, weil in der c. d. keine solutio liegt [34], damit noch nicht nothwendig ausgeschlossen, allein nirgends in den Quellen so, wie bei den Schulden dessen, der eine minima c. d. erleidet, bezeugt [35].

---

29) Vgl. Burchardi a. a. O. S. 279. Die Praxis dehnte das Edict auch auf den adoptatus aus. L. 2. §. 1. D. eod.

30) Abgesehen von den in der Note 28. erwähnten.

31) Nur steht natürlich hier die actio dem pater zu. Ist dieser selbst der Schuldner, so wird die obl. naturalis.

32) Vgl. Burchardi a. a. O. S. 269. v. d. Pfordten a. a. O. §. 10. p. 42.

33) Vgl. z. B. §. 6. J. h. t. — L. 4. §. 11. D. de gradib. (XXXVIII, 10.)

34) S. L. 19. D. de duob. reis (XLV, 2).

35) Der Umstand, daß die, welche maximam oder mediam c. d. erlitten haben, zu dem was juris gentium ist, fähig bleiben — L. 17. §. 1. D.

Müssen wir daher, um auf die Frage nach dem Fortbestand der nat. obl. eine Antwort zu erhalten, die einzelnen Fälle prüfen, so haben wir zuerst diejenigen auszuscheiden, welche auf das Vermögen des deminutus überall ohne Einfluß sind. Zu diesen gehört von der c. d. maxima derjenige der Gefangennahme Jemandes ab hostibus. Hier bleiben die Vermögensverhältnisse, wie überhaupt die ganze c. d., in suspenso und zwar propter spem postliminii, und werden endlich durch Rückkehr oder durch ex Lege Cornelia angenommene civilrechtliche Beerbung so geregelt, als wäre überall keine c. d. eingetreten [36]. Wenn ferner Jemand durch Erwerb eines anderen Bürgerrechts eine c. d. media erleidet, so bleiben seine Obligationen wenigstens utilibus actionibus klagbar, und dasselbe soll gelten, wenn und soweit ein zur Strafe dieser c. d. Verfallener ausnahmsweise seine bona ganz oder zum Theil behalten hat [37].

In allen anderen Fällen dieser beiden Deminutionen gehen nun aber mit den bonis des deminutus seine Forderungen auf den dominus resp. den fiscus per universitatem über, allein dieser Erwerb soll, wie bei dem fiscus, so auch bei dem dominus zum Gegenstand nur den nach Abzug der Schulden des deminutus übrigbleibenden Saldo haben, und die Successoren haften daher bis zum Belauf der bona, welche an sie gekommen sind, utilibus actionibus, die Schulden des deminutus bleiben soweit klagbar [38]. Darüber hinaus existirt keine

---

de poenis (XLVIII, 19). L. 15. D. de interd. et releg. (XLVIII, 22.) — kann uns natürlich kein Argument sein für die Annahme einer n. o.

36) L. 5. §. 1. L. 12. §. 1. D. de captiv. (XLIX, 15).

37) L. 14. §. 3. D. de interd. et releg. (XLVIII, 22). L. 21. D. de V. S. (L, 16). — Dasselbe gilt von einer späteren Restitution der bona an den Begnadigten. L. 2. 3. D. de sent. pass. et rest. (XLVIII, 23).

38) L. 11. D. de jure fisci (XLIX, 14). Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonorum cujusque intelligitur, quod aeri alieno superest (Javol. lib. 9. Epistol.). — Vgl. auch §. 5. J. de nox. act. (IV, 8). Gai. IV, §. 77.

actio gegen den deminutus. Das Edict ferner gilt nur für die c. d. minima, bei der maxima war es nicht anwendbar, weil selbst nach praetorischem Recht der servus nicht verklagt werden konnte, und daß man bei der media c. d. ebensowenig das Edict Platz greifen ließ, wird ausdrücklich auf Billigkeitsgründe gestützt.

L. 7. §. 2. D. h. t. — Si libertate ademta, capitis deminutio subsecuta sit, nulli restitutioni adversus servum locus est, quia nec praetoria jurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit. Sed utilis actio adversus dominum danda est, ut Julianus scribit, et nisi in solidum defendatur, permittendum mihi est, in bona, quae habuit, mitti. §. 3. Item cum civitas amissa est, nulla restitutionis aequitas est adversus eum, qui amissis bonis et civitate relicta nudus exulat. (Paul. lib. 11. ad Ed.) 39)

Es fragt sich nun, ob bei einer Insolvenz des deminutus dieser, soweit die bona nicht ausreichen, nicht naturaliter obligirt bleibt?

Hinsichtlich der c. d. maxima fehlt es an jedem Quellenzeugnisse, woraus wir diese Frage direct beantworten könnten, allein wenn wir auch den so Deminuirten völlig wie einen sine successore Gestorbenen ansehen wollen, so dürfen wir doch nach der Analogie dieses im vorigen §. angeführten Falles wenigstens ein Forthaften der fidejussores und der pignora annehmen, so daß auch hier propter fidejussores und propter pignus nat. obl. remanet 40). Eine Bestätigung findet diese

39) Vgl. L. 2. pr. D. h. t. — S. auch L. 4. 10. D. de bonis damnat. (XLVIII, 20).

40) Entgegen steht auch nicht L. 5. §. 1. D. ut legat. (XXXVI, 3). Postquam heres ab hostibus captus est, conditio legati, cujus nomine proposita stipulatione cautum fuerat, extitit, fidejussores interim teneri negavi, quia neque jus, neque persona esset, ad quam verba stipulationis dirigi possint. (Pap. lib. 28. Quaest.) In diesem Fall kann gar noch nicht von einer Wirkung der c. d. auf das Vermögen die Rede sein, es bleibt Alles in suspenso, und wenn die fidejussores interim nicht haften sollen — woraus doch zu ersehen, daß ihre Verpflichtung an sich noch besteht —, so ist das wohl in Rücksicht

Annahme darin, daß die cap. dem. media des Schuldners, der, wie wir gesehen haben, ebensowenig wie der servus civiliter obligirt bleibt, die fidejussio nicht aufhebt.

L. 5. pr. D. qui satisdare cogantur (II, 8). Si vero pro condemnato fidejusserit, et condemnatus decesserit, aut civitatem Romanam amiserit: recte nihilominus cum fidejussore ejus agetur. (Gai. lib. 1. ad Ed. prov.)

Dürfen wir hier das decedere von einem erblosen Versterben verstehen, so haben wir geradezu die oben erwähnte Parallele[41]), aber auch abgesehen davon hat der Jurist hier offenbar den Fall vor Augen, wo der defunctus insolvent ist, und wenn nun für den deminutus ganz allgemein die fortdauernde Haftung des fidejussor anerkannt wird, so kann damit unmöglich die Schuld des fiscus in quantum ad eum pervenit gemeint sein, denn dafür bedurfte es der fidejussio nicht. Also auch hier besteht die n. o. wegen des fidejussor.

Ein anderes Zeugniß für diese unveränderte Haftung des fidejussor enthält

L. 1. C. de fidej. (VIII, 41.) Si Lysias ademta parte bonorum exulare jussus est, non nisi pro parte, quam retinuit creditoribus obligatus est. Verum qui pro eo fidem suam adstrinxerunt, jure pristino conveniri possunt. (Sever. et Anton.) [42])

---

darauf bestimmt, daß, so lange es ungewiß ist, wer der Schuldner sei, der fidejussor, falls er zahlen müßte, nicht im Stande wäre, sein Regreßrecht geltend zu machen. — Die Stelle ist aus demselben Buch des Papinian, wie L. 95. D. de solut. — s. oben S. 399. — Vgl. auch Bekker im Jahrb. IV. S. 422.

41) Nothwendig ist diese Annahme eines decedere sine successore indessen nicht. In dem vorhergehenden §. der L. cit. war von einer Bürgschaft für ein höchst persönliches facere, und noch dazu ein solches, welches nur ein civis Romanus vornehmen konnte, die Rede, nämlich von einer cautio de jud. sisti. Mit dem Tode resp. der c d. media wird der fidejussor frei. Die Leistung des Judicats ist aber von beiden genannten Voraussetzungen nicht abhängig, und darum die Schuld auch nicht durch Tod oder c. d. media aufgehoben, mithin bleibt der fidejussor nach wie vor verpflichtet.

42) Diese Stelle unter Hinweis auf L. 4. L. 7. §. 3. D. de interd. et

Der deminutus bleibt hier utili actione auf die Hälfte verhaftet, der fidejussor aber pristino jure d. h. unmittelbar aus seiner fidejussio, also auch auf das Ganze, und daraus ergiebt sich, daß wenigstens mit dieser Wirkung die n. o. auch für den verlorenen Theil der bona fortdauert [43]).

Aus einer solchen nat. obl. folgt nun aber keineswegs, daß die obl. trotz der c. d. sich auch noch anderweit bethätigen kann, namentlich daß sie auch nach der c. d. noch selbständig als eine obl. zu betrachten ist, vielmehr scheint aus den wenigen uns aufbewahrten Zeugnissen sich das Gegentheil zu ergeben.

So heißt es z. B. in

L. 47. pr. D. de fidej. (XLVI, 1). Si debitori deportatio irrogata est, non posse pro eo fidejussorem accipi, scribit Julianus, quasi tota obligatio contra eum extincta sit. (Papin. lib. 9. Quaest.)

Soweit die bona an den fiscus gekommen, haftet dieser utilibus actionibus, und hierfür kann eine fidejussio nicht nützlich sein, wenn nun aber für den deminutus selbst ein fidejussor bestellt wird, so soll das nichtig sein. Als Grund giebt indessen der Jurist nicht an, daß hier keine obl. mehr bestehe, sondern er behauptet die Nichtigkeit, wie wenn gegen den deminutus keine obl. mehr bestehe. Die causa solvendi dauert fort, aber die c. d. hindert eine jede rechtliche Anerkennung derselben, und man kann daher insofern die n. o. ebenso leugnen, wie da, wo es sich um die Bürgschaftsbestellung für eine Schuld des filiusfam. post mortem ejus handelt [44]).

---

relegat. (XLVIII, 22) von einer relegatio ohne c. d. zu verstehen (v. d. Pfordten a. a. O. S. 44), dürfte nicht ohne Bedenken sein. Vgl. auch Schneider in der angef. Recension. Jedenfalls paßt die Stelle auch völlig bei Annahme einer c. d.

43) Was von dem fidejussor gilt, darf auch hier wohl unbedenklich auf das pignus bezogen werden.

44) S. oben S. 402. Anm. 35. — Entgegen steht auch nicht L. 19. D. de duob. reis const. (XLV, 2). Cum duo eandem pecuniam debent, si unus capitis deminutione exemtus est obligatione, alter non liberatur. Multum enim interest, utrum res ipsa solvatur, an persona liberetur. Cum persona liberatur, manente obligatione,

Dieselbe Anschauung scheint auch zu Grunde zu liegen in L. 14. §. 1. D. de novat. (XLVI, 2). — — Et ideo si forte persona promissoris pendente conditione fuerit deportata, Marcellus scribit, ne quidem existente conditione ullam contingere novationem, quoniam nunc, cum extitit conditio, non est persona, quae obligetur (Ulp. ex lib. 7. Disput.).

Die pure geschlossene Novation einer bedingten Obligation wird erst mit dem Eintritt der Bedingung perfect; wenn nun während der schwebenden Bedingung der debitor eine c. d. media erleidet, so soll die Novation nicht eintreten. Als Grund wird angegeben, daß nach der c. d. »non est persona, quae obligetur«, es existirt keine Person, welche durch die vor der c. d. abgeschlossene novatio obligirt werden könnte. Da nun die novatio giltig ist, wenn auch die nova obligatio nur eine naturalis ist, so liegt in dieser Entscheidung, daß der debitor nach der c. d. nicht mehr naturaliter obligirt ist. Der Grund dieser Annahme ist unzweifelhaft der, daß man den deminutus pro mortuo ansah, und darum Bethätigungen der vor der c. d. abgeschlossenen obl., als von einer anderen Person ausgegangen, nicht anerkannte.

Auch in anderen Stellen wird die c. d. media eine Aufhebung der persona, eine exemtio genannt, und der debitor durch die c. d. als liberirt bezeichnet, was viel leichter mit der Annahme eines vollkommenen Wegfalls als mit der des Fortbestandes einer nat. obl. vereinbar erscheint [45]. Dürfen wir nun daraus den Schluß ziehen, daß jede erst nach der c. d.

---

alter durat obligatus. Et ideo si aqua et igni interdictum est, alicujus fidejussor postea ab eo datus tenetur. (Pompon. lib. 3. ad Q. Mucium). Denn da die obl. trotz der c. d. des einen correus für den anderen fortbesteht, so ist die fidejussio auf diese obl. zu beziehen, sie ist a deminuto bestellt, nicht pro deminuto. Auch das allerdings etwas auffällige alicujus, welches Cujacius in alterius umändern wollte, erklärt sich so. Weil die obl. trotz der c. d. des Einen Schuldners fortbesteht, so ist doch der für die obl. bestellte fidejussor verhaftet, denn er ist Jemandes — d. h. eines noch vorhandenen Schuldners — fidejussor.

45) S. z. B. die vorige Anm. und oben S. 411. Anm. 5.

eintretende Bethätigung der obl. des deminutus ungiltig ist, so können wir die obl. nur soweit als rechtlich fortbestehend ansehen, wie die fortdauernde Haftung der fidejussores und pignora es fordert, und wenn man nur den Satz fallen läßt, daß, wo eine n. obl. besteht, alle für dieselbe überhaupt möglichen Bethätigungen vorhanden sein müssen, so lassen sich die scheinbar einander widersprechenden Stellen sehr wohl vereinigen.

Fragt man aber, warum denn, wenn die c. d. magna die causa solvendi nicht aufhebt, und auch der deminutus sehr wohl fähig ist, naturaliter obligirt zu bleiben, nicht doch nach allen Seiten hin die obl. als naturaliter fortbestehend angenommen ist, so kann man nur auf die durchaus positivrechtliche Natur der cap. deminutio, und auf die in vielen Punkten sehr verschiedene Bedeutung der c. d. magna einerseits und des minor andererseits hinweisen, sowie darauf, daß das positive Recht sehr wohl die Macht hat, einer an sich bestehenden causa solvendi jede fernere rechtliche Bedeutung abzuschneiden. Nur wer die nat. obl. auf ein dem positiven Recht fremdes Gebiet setzt, kann hier Schwierigkeiten finden. Ein Hinblick endlich auf die Situation, in welcher sich Jemand nach einer c. d. magna befindet, muß es als durchaus practisch und angemessen erscheinen lassen, daß das R. R. einer obl. aus der Zeit vor der c. d. jede rechtliche Bedeutung für den deminutus abschnitt, und der Umstand, daß nicht sowohl besondere Gesetze, sondern Deductionen der Juristen zu diesem Resultat führten, weist darauf hin, daß Erwägungen aus der Natur der c. d. und dem ganzen Sachverhältniß hier zu Grunde liegen.

§. 21.

Die actio als Klagerecht ist außerdem, wenn dieselbe wirklich gerichtlich durchgeführt wird, den Regeln des Processes unterworfen, und kann in Folge desselben untergehen. Liegt dann aber in diesem processualischen Vorgange nicht zugleich eine Aufhebung der causa solvendi, so kann auch in Folge dieser Er-

eignisse die obl. in ihrem natürlichen Bestandtheile noch fortexistiren [1]).

Die auf die actio einwirkenden Proceßacte sind die Litiscontestation und das Urtheil.

Die Litiscontestation [2]) verwandelt die actio in ein judicium, die actio ist consumirt, ihr „Inhalt aber als in die Form eines neuen Anspruchs übergegangen zu betrachten, welcher auf die Verurtheilung des Verklagten, oder diese als bedingende Thatsache gedacht, auf die Erfüllung des Judicats gerichtet ist [3])". Gaius [4]) nennt deßhalb die litis contestatio mit unter den Aufhebungsgründen der obligatio, und läßt, wenigstens wenn legitimo judicio actum fuerit, die obl. ipso jure aufhören. Durch die L. C. hört das dari oportere auf, so daß nicht von Neuem die actio erhoben werden kann, der Schuldner haftet aber nun litis contestatione und nachher ex causa judicati, das Klagerecht ist in einen Anspruch auf Condemnation und auf Erfüllung des Judicats umgewandelt. Wenn dagegen imperio continenti judicio geklagt wird, so bleibt die obligatio bestehen, die actio ist trotz der L. C. nicht ipso jure aufgehoben, aber der nochmaligen Geltendmachung derselben steht eine exc. rei in judicium deductae oder rei judicatae entgegen.

Gegenstand der processualischen Consumtion ist die actio,

---

1) S. oben Seite 241.

2) Vgl. Keller, Litiscontestation und Urtheil. — Büchel a. a. O. S. 105 ff. — v. d. Pfordten, im Archiv f. d. c. Pr. Band 24. Nr. 4. (vgl. oben S. 30. Anm. 72.) — Fein, „Der mit Unrecht freigesprochene Schuldner bleibt trotz der Freisprechung naturaliter obligirt," — Archiv f. d. civ. Pr. Band 26. Nr. 7. u. 13. — Wächter, Erörterungen aus dem Röm.Deutsch. und Würtemb. Privatrecht. Heft 2. 3. — Buchka, die Lehre von dem Einfluß des Processes auf das materielle Rechtsverhältniß. — v. Savigny, System. Band VI. §. 256—279. — Keller, Civilproc. §. 60. — Bekker, d. processſ. Consumtion, bes. S. 284 ff. — Wetzell, System. §. 14. — Kuntze, Obl. S. 180. 210. — Windscheid, die Actio des Röm. Civilrechts. S. 46 ff. (Vgl. die darüber von Muther und Windscheid gewechselten Streitschriften.)

3) Wetzell a. a. O. S. 80.

4) III, 180. 181.

und zwar die ganze actio, das ganze Forderungsrecht des Gläubigers; das dare oportere, also auch die civile Schuld, fällt ipso jure oder per exceptionem weg, allein da die L. C. nicht als eine solutio hinsichtlich ihrer Wirkung auf die causa solvendi angesehen werden kann, vielmehr ausdrücklich in den Quellen der solutio entgegengestellt wird,

L. 11. pr. D. de pign. act. (XIII, 7). Solutum non videtur, si lis contestata cum debitore sit de ipso debito, vel si fidejussor conventus fuerit. (Ulp. lib. 28. ad Ed.)

so besteht die obl. als naturalis fort [5]). Dem ist neuerdings Windscheid [6]) mit der Behauptung entgegengetreten, daß die obl. durch die L. C. auch ihre Klagbarkeit nicht verliere, mithin als civilis fortbestehe, und daß erst das Judicat die Wirkung der consumtio actionis habe. Allein wenn es auch richtig ist, daß die L. C. dem Gläubiger einen neuen Anspruch gewährt, welcher dem Inhalt nach der seiner actio ist, die L. C. dem Gläubiger sein Recht nicht überhaupt nehmen, sondern es nur in dieses judicium einschließen will, ne bis de eadem re sit actio, so ist der processualische Anspruch des Gläubigers doch auch darin von seiner bis dahin ihm zustehenden actio verschieden, daß er durch den Beweis seines Forderungsrechts bedingt ist. Wenn nun aber der bedingte Anspruch auf Condemnation nur an die Stelle der nicht die ganze obl. umfassenden ursprünglichen actio getreten ist, so bleibt die obl., soweit sie über die actio hinausliegt, und ohne dieselbe sich rechtlich

5) Vgl. Bekker, a. a. O. S. 284 ff. — Wächter a. a. O. S. 22. will in dem Stehenbleiben der sol. retentio und compensatio nur eine Milderung der Consumtion erblicken (dagegen schon Bekker a. a. O. S. 291.). — Wetzell a. a. O. S. 81. erklärt die n. o. daraus, daß die L. C. nur „die processualische Form des streitigen Rechts, nicht dieses selbst in seiner davon zu trennenden materiellen Existenz angreift". Letzterer geht offenbar davon aus, daß die n. o. ein Recht dessen, cui debetur, enthalte, und muß daher den Gegenstand der L. C. irgend wie enger fassen. Hält man aber daran fest, daß die n. o. überall kein Recht gewährt, so kann auch nach Consumtion des vollen Rechts die n. o. bestehen bleiben.

6) A. a. O. S. 66.

bethätigen kann, unbedingt, und insofern ist denn wirklich das debitum während der Dauer des Processes in jeder Weise ein der actio entbehrendes, ein nat. debitum.

Auch von der entgegengesetzten Seite ist gegen diese Annahme einer Fortdauer der obl. als naturalis nach der L. C. Opposition gemacht. Wächter [7]) hat nämlich behauptet, daß die L. C. die ganze obl. dermaßen tilge, daß auch nicht einmal eine n. o. übrigbleibe. Eine Widerlegung dieser Auffassung scheint indessen nicht mehr erforderlich, es genügt vielmehr ein Hinweis auf das von Bekker [8]) gegen Wächter Ausgeführte.

Daß die Annahme des Fortbestandes der obl. nach der L. C. als einer naturalis wirklich die der Römischen Juristen ist, ergiebt sich aber daraus, daß dieselben nicht nur diese obl. als naturalis bezeichnen, sondern ihr zugleich die Möglichkeit mehrerer derjenigen Bethätigungen zusprechen, welcher eine solche obl. fähig ist [9]).

So kann ein debitum post l. c. — also während die Bedingung des Anspruchs auf condemnatio noch schwebt — giltig und unwiderruflich gezahlt werden. Das erhellt z. B. aus der unten noch nach einer anderen Seite hin zu besprechenden L. 60. pr. D. de cond. indeb. (XII, 6), denn wenn hier dem verus debitor, welcher nach der L. C. gezahlt hat, unter allen Umständen, selbst den Fall vorausgesetzt, daß er absolvirt werden sollte, die repetitio soluti abgesprochen wird, und zwar weil er, licet — absolutus sit, natura tamen debitor permanet, so ist damit die Unabhängigkeit der obl. zu dieser Folge von dem Anspruch auf Condemnation bewiesen [10]).

In einer anderen Stelle finden wir neben der soluti retentio, und gestützt auf diese, zugleich die Möglichkeit einer Bürgschaftsbestellung für die obl. post l. c. erwähnt:

L. 50. §. 2. D. de pecul. (XV, 1). Etiam postquam

---

7) A. a. O. H. 3. S. 27 ff.

8) A. a. O. S. 291. — Ueber den aus der Befreiung der correi und fidejussores hergenommenen Grund Wächters s. unten.

9) Vgl. auch Bekker a. a. O. S. 285 ff.

10) Ausführlicher über diese Stelle unten bei dem Judicat. — Vgl. auch L. 28. D. de cond. indeb. (XII, 6).

dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest. Et ideo qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si judicium dictatum non fuisset, eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur, quia naturalis obligatio, quam servus suscipere videtur, in litem translata non est. (Papin. lib. 9. Quaest.)

Die Irrevocabilität der solutio nach der L. C. wird hier als ein keiner Rechtfertigung Bedürfendes hingestellt. Wenn dann aber die Giltigkeit der Bürgschaftsbestellung unter gleichen Umständen gerade auf die Solvirbarkeit der Schuld gestützt wird, so soll damit wahrscheinlich das Bedenken abgeschnitten werden, welches wenigstens in früherer Zeit daraus entnommen werden konnte, daß die actio gegen den fidejussor mit der durch die L. C. consumirten de eadem re war [11]). Zu diesem Zwecke wird dann auch selbst die Andeutung gemacht, als ob die obl. des servus und die in judicium deducta nicht ein und dieselbe wäre und diese Unterscheidung läßt sich hier, wo die obl. allein de peculio, nicht soweit sie den servus trifft, in judicium deducirt werden kann, allenfalls machen [12]).

Die Möglichkeit der Bürgschaftsbestellung für eine obl. post lit. cont. bezeugt ferner:

L. 8. §. 3. D. de fidej. (XLVI, 1) Et post litem contestatam fidejussor accipi potest, quia et civilis et naturalis subest obligatio; et hoc et Julianus admittit, eoque jure utimur. (Ulp. lib. 47. ad Sab.) [13])

Unter der nat. obl. ist hier die principale Schuld, soweit sie nicht von der L. C. ergriffen ist, verstanden, unter civ. obl.

---

11) Vgl. Bekker a. a. O. S. 288.

12) Windscheid a. a. O. Seite 56. will die Beweiskraft der L. cit. für den Bestand einer nat. tantum obl. dadurch aufheben, daß er hier so, wie vor ihm schon v. d. Pfordten a. a. O. S. 130., geradezu zwei obll. annimmt, und die L. C. nur auf die des dominus bezieht. Gegen diese Auffassung s. aber Fein a. a. O. S. 368 ff. und die dort citirten Schriftsteller.

13) Vgl. Bekker a. a. O. S. 287 und Beil. V. B. — v. Scheurl a. a. O. S. 510.

die Verpflichtung aus dem bedingten Condemnationsanspruch auf Grund der L. C. event. aus dem Judicat, letzteres wenigstens dann, wenn die fidejussio für die tota causa, nicht bloß für die litis exercitatio übernommen ist [14]). Auch in dieser Stelle hält der Jurist die Berufung auf eine Auctorität für erforderlich, woraus wieder zu entnehmen, daß streng genommen einer solchen fidejussio Hindernisse im Wege standen, und auch hier ist es wieder, wie so oft in dieser Materie, Julianus, der vielleicht gerade mit Rücksicht auf die nat. obl. die Bürgschaftsbestellung für zulässig erklärte. Windscheid [15]) hat auch die Beweiskraft dieser Stelle für die nat. obl. post lit. c. bestritten, und angeführt, die Annahme zweier Obligationen sei offenbar nicht nothwendig, vielmehr könne man die Stelle sehr wohl dahin verstehen, daß die eine (klagbare) nach der L. C. vorhandene Obligation eine Obligation sowohl nach rechtlicher als nach natürlicher Betrachtung sei. Allein Nichts berechtigt uns die Ausdrücke civ. und nat. obl. hier in einer so vagen, unjuristischen, statt der allbekannten technischen Bedeutung zu nehmen, und wenn der Jurist also sagt, es liege hier eine klagbare und eine klaglose obl. vor, so kann er damit unmöglich eine Obligation haben bezeichnen wollen. Allerdings ist in der civ. obl. die naturalis enthalten, allein diese tritt doch als eine besondere obl. immer nur dann hervor, wenn die actio weggefallen ist [16]), und namentlich würde es in dem vorliegenden Falle an jeder Veranlassung fehlen, den naturalen Inhalt der obl. neben der actio noch besonders hervorzuheben, wenn dieser eben Nichts als der Gegenstand der actio wäre.

Ferner ist diese obl. auch zur Compensation tauglich

> L. 8. D. de comp. (XVI, 2). In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est, ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei denegetur. (Gai. lib. 9. ad Ed. prov.) [17])

---

14) S. die L. 8. §. 3. cit. hinter den im Text abgedruckten Worten.
15) A. a. O. S. 57.
16) S. oben Seite 233 f.
17) Vgl. auch L. 18. pr. D. eod.

Compensiren als Geltendmachen eines Anspruchs mußte durch die L. C. über denselben ausgeschlossen sein, da es ein agere de eadem re sein würde, sobald man aber die Compensation so faßte, daß sie nicht sowohl Geltendmachung eines Rechts, sondern solutio eines debitum durch Abrechnung war [18]), konnte man auch über den hindernden Einfluß der L. C. hinwegkommen, und wandte im vorliegenden Fall diese Auffassung wohl um so lieber an, als ein offenbarer Billigkeitsgrund für dieselbe sprach. Der Jurist hebt denn auch gerade diesen Grund ausdrücklich hervor [19]).

Auch soll durch die L. C. der Zinsenlauf nicht unterbrochen werden:

> L. 35. D. de usuris (XXII, 1). Lite contestata usurae currunt. (Paul. Lib. 57. ad Ed.) [20])

und dieses beweist wieder den Bestand der n. obl., da für ein non debitum keine usurae geschuldet werden können.

Neben diesen ausdrücklich genannten Bethätigungen der obl. post l. c. können wir derselben noch mit Sicherheit zusprechen die Fähigkeit durch ein Pfandrecht geschützt zu werden, denn es darf hier wohl unbedenklich die Analogie der fidejussio zur Anwendung gebracht werden; ferner dürfen wir wohl eben so bestimmt, trotz des Mangels an Zeugnissen dafür, diese n. o. als hinlängliche Grundlage für ein constitutum und eine novatio ansehen. Die Consumtion der actio steht ebensowenig dem Act des Constituirens und Novirens wie der actio ex constituto und der actio aus der novirten Obligation entgegen, beide actiones sind nicht de eadem re mit der actio in litem deducta [21]).

Was dann endlich die schon vor der L. C. begründeten Accessionen der obl. betrifft, so besteht das Pfandrecht trotz der L. C. unbedingt fort, die L. C. ist keine solutio und wird gerade in Bezug auf das Pfandrecht der dieses aufhebenden no-

18) Vgl. oben Seite 217 f.
19) S. Bekker a. a. O. S. 286 f.
20) Vgl. auch L. 90. D. de V. O. (XLV, 1). L. 1. C. de usur. (IV, 32).
21) S. Bekker a. a. O. S. 290 f. — Vgl. L. 18. §. 3. D. de pec. const. (XIII, 5.)

vatio (voluntaria) ausdrücklich entgegengesetzt [22]), auch ist die actio hypothecaria niemals als actio de eadem re mit der principalen actio betrachtet.

Die vor der L. C. bestellten fidejussores sollen dagegen frei werden. Dies ist indessen nicht die Folge davon, daß die actio gegen den fidejussor mit der Hauptklage de eadem re ist, denn sonst müßten die fidejussores, wie auch z. B. Kuntze ganz consequent annimmt [23]), wenigstens naturaliter obligirt bleiben, sondern erklärt sich ebenso wie die Befreiung des Einen correus durch die L. C. mit dem Anderen daraus, daß in diesen Fällen die L. C. zugleich electio des Einen von den beiden alternativ Obligirten und somit Freilassung des nicht Gewählten ist [24]). Justinian, indem er diesen Satz aufhebt [25]), die fidejussores und nicht belangten correi trotz der L. C. mit dem Hauptschuldner oder einem anderen correus bis zur wirklichen solutio oder satisfactio verhaftet sein läßt, nennt daher auch stets die L. C. electio [26]) und beruft sich darauf, daß man schon vorher häufig durch pactum denselben Erfolg herbeigeführt, d. h. durch pactum der L. C. in diesem Fall die Bedeutung der electio genommen habe. Will man die Fortdauer der fidejussio bloß wegen der Identität der actio fidejussoria mit der consumirten leugnen so bleibt jedenfalls unerklärt, warum man hier einer strengeren Anschauung stattgegeben hat, wie bei der erst nach der L. C. constituirten Bürgschaft.

Bestätigt wird dieser Satz, daß die Aufhebung der fidejussio nicht an sich in der L. C., sondern in der damit verbundenen electio gelegen, auch noch durch

L. 84. D. de solut. (XLVI, 3.) Egisti de peculio

---

22) S. L. 11. pr. und §. 1. D. de pign. act. (XIII, 7).

23) A. a. O. S. 184. Anm. 10. — S. dagegen Fitting a. a. O. §. 10. S. 66 ff.

24) Fitting a. a. O. §. 31. S. 186 ff. — Vgl. auch Girtanner, Stipulation. S. 269. — Brinz, krit. Bl. IV. S. 30. — Buchka a. a. O. II. S. 35.

25) L. 28. C. de fidej. (VIII, 41)

26) Ueber den Sprachgebrauch in Bezug auf electio und eligere s. Fitting a. a. O. S. 186 ff.

servi nomine cum domino; non esse liberatos fidejussores ejus respondit. At si idem servus ex peculio suo permissa administratione peculii nummos solvisset, liberatos esse fidejussores ejus recte legisti. (Procul. lib. 7. Epistol.) [27])

Hier liegt in der L. C. mit dem dominus de peculio keine electio und keine Freilassung des servus, darum bleiben die fidejussores verhaftet, und zwar um so mehr, als die L. C. mit dem dominus nicht nothwendig die ganze Schuld umfaßt [28]). Dieser Umstand mochte denn auch über das Bedenken wegen der eadem res hinwegführen, indem die Obligationen fast wie zwei verschiedene erscheinen, welche Auffassung auch in L. 50. §. 2. D. de peculio durchklingt.

Dieser vollwirksamen nat. obl. stand dann die bedingte obl. auf condemnari oportere gewissermaßen selbständig gegenüber, und die Proculejaner hielten dies, wie Gaius [29]) erzählt, wenigstens für die judicia stricti juris so streng fest, daß sie selbst der während des judicii gemachten solutio jeden Einfluß auf diese Proceßobligation absprachen. Wenn aber auch später die Ansicht der Sabinianer, daß die solutio pendente judicio stets das condemnari oportere aufhebe, und folglich zur absolutio führe, obgesiegt hat [30]), so ist doch damit

---

27) S. oben S. 262.

28) Für die Erklärung von Fein, wonach das non liberari sich auf die gegen den fidejussor in diesem Fall mögliche in integrum restitutio beziehen soll, fehlt in der Stelle jeder Anlaß. — Der Entscheidung der L. 84. cit. steht auch nicht entgegen L. 21. §. 4. D. de exc. rei jud. (XLIV, 2) Si pro servo meo fidejusseris et mecum de peculio actum sit: si postea tecum eo nomine agatur, excipiendum est de re judicata (Pomp. lib. 31. ad Sab.). — Vgl. Fitting a. a. O. S. 214. — Hier handelt es sich nicht bloß um die L. C. mit dem dominus, sondern um das Judicat, und die dem dominus gewordene absolutio muß allerdings auch für den fidejussor wirken. Davon ist aber ein Schluß auf die Wirkung der l. c., abgesehen vom Judicat, nicht gestattet. S. unten.

29) IV, §. 114. Vgl. Keller, Civilproc. §. 67. — Wetzell a. a. O. S. 83. Anm. 49.

30) §. 2. J. de perp. et temp. (IV, 12.)

nur anerkannt, daß der Gegenstand dieser bedingten Obligation mit dem der nat. obl. identisch sei, und daher die Aufhebung dieser auch die Proceßobligation treffen müsse 31).

Die Consumtion der actio durch L. C. ist übrigens, der richtigen Ansicht nach, noch im Just. Recht in Geltung 32), und daher wird auch in diesem noch die obl. durch die L. C. in eine naturalis verwandelt.

Das Judicium soll nun durch Untersuchung über den Bestand der ursprünglichen actio — si paret dare oportere — den bedingten Anspruch auf condemnari oportere, je nach dem Resultat des geführten resp. nicht geführten Beweises, entweder purificiren — condemnatio 33) — oder die Nichtexistenz dieses Anspruchs feststellen, den Kläger abweisen — absolutio —.

Im älteren Recht konnte aber der Proceß auch ohne eine solche Entscheidung beendigt werden 34), nämlich durch Verjährung desselben — litis amissio tempore —.

---

31) Ebenso treffen auch alle übrigen Aufhebungen des nat. debiti zugleich die Proceßobligation und führen zur absolutio. — Die Nachweise s. bei Wetzell a. a. O. S. 83. Anm. 50.

32) Vgl. Buchka a. a. O. II. S. 1 ff. — Bekker a. a. O. S. 12 ff. Wetzell a. a. O. S. 81. — Windscheid a. a. O. S. 65. — Dagegen: v. Savigny, System. Bd. VI. S. 25. Obl. R. I. S. 182. — Wächter a. a. O. H. 3. S. 38. — und die bei Buchka a. a. O. II. S. 1. Angeführten.

33) Vgl. Wächter a. a. O. S. 47. — Windscheid a. a. O. S. 47. — Im Wesentlichen auch ebenso Bekker a. a. O. S. 298 ff. — Anders Keller, L. C. u. U. §. 25. Civilproc. §. 71.

34) Außerdem hört auch das judicium ohne Urtheil auf, wenn die Parteien an sich oder zu einander in Verhältnisse kommen, welche sie zu diesem oder überhaupt zu einem judicium unfähig machen, ohne daß eine successio stattfindet. Dahin gehört der schon oben S. 416. erwähnte Fall, daß Einer der Litiganten den Anderen arrogirt. Hier bleibt die obl. als nat. bestehen. — Wenn ebenso die judicia rei uxoriae und rerum amotarum bei Erneuerung der Ehe und ersteres auch bei publicatio dotis erlöschen — Keller, Civilproc. §. 70. —, so bleibt doch in diesen Fällen bei dem expirare, mori des judicium keine n. o., denn bei dem jud. rer. am. bleibt Alles in statu pristino — L.

Gai. IV. §. 104. Legitima judicia — — lege Julia judiciaria, nisi in anno et sex mensibus judicata fuerint, expirant, et hoc est, quod vulgo dicitur, E lege Julia litem anno et sex mensibus mori. §. 105. — Imperio continentur — cet. —; ideo autem imperio contineri judicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit imperium habebit [35].

Wenn nun nach dem oben Ausgeführten angenommen werden darf, daß die deductio in judicium die obl. in ihrem naturalen, von der actio unabhängigen Bestand nicht trifft, daß nur der formell von der actio verschiedene Anspruch auf condemnatio Gegenstand des judicii ist, so kann das einfache, definitive Aufhören dieses judicii nach Ablauf einer bestimmten Zeit keine andere Folge haben, als daß jenem Anspruch die Möglichkeit einer Purificirung, mithin die Möglichkeit einer condemnatio abgeschnitten wird, die Proceßobligation also wie ein Anspruch unter einer unmöglich gewordenen Bedingung, erlischt. Daraus folgt dann aber, daß die nat. obl., welche überall nicht mit in judicium deducirt war, auch nach Ablauf der Verjährungszeit für den Proceß unverändert fortbesteht.

Diese Proceßverjährung ist im späteren Recht, wahrscheinlich wegen ihres Zusammenhanges mit dem ordo judiciorum verschwunden [36], dennoch aber enthalten unsere Quellen nicht nur noch Spuren von diesem Institut, sondern auch Belege von dem oben a priori behaupteten Fortbestand der obl. als einer naturalis nach Ablauf der Proceßverjährung. Zu diesen Belegen gehört die bereits oben [37] angeführte und erklärte L. 8. §. 1. D. ratam rem hab. (XLVI, 8.), worin nicht nur ausdrücklich der Fortbestand des debiti als eines naturalis, sondern auch eine Bethätigung desselben, nämlich eine vollgiltige solutio behauptet ist.

---

19. D. sol. matr. — und bei der publicatio geht das Recht auf den Fiscus über, nur verfolgt dieser dasselbe nicht durch jud. rei uxor.

35) Vgl. Francke a. a. O. S. 76. — Keller, L. C. S. 158. — Linde in d. Ztschr. f. Civilr. und Proceß. Band II. S. 187 ff. — Büchel a. a. O. I. S. 45. II. S. 117. — v. d. Pfordten a. a. O. S. 17. — v. Savigny, System Band V. S. 376. — Obl. R. I. S. 98.

36) Vgl. Keller, L. C. S. 164.

37) Seite 196.

Daß die Stelle aber, wenigstens in ihrer ursprünglichen Fassung, von der Proceßverjährung zu verstehen ist, bedarf wohl keines Nachweises mehr [38]). Im Just. Recht muß sie freilich eine andere Bedeutung haben [39]).

Ferner wird der Fortbestand des pignus post litem tempore amissam anerkannt in

L. 30. §. 1. D. ad L. Aquil. (IX, 2.) Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed an et creditori danda est actio, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quaeritur? Sed hic iniquum est, et domino et creditori eum teneri, nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit, quam in debito, debitori dandam actionem, et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit, competit Aquiliae actio. (Paul. lib. 22. ad Ed.) [40])

Durch den Untergang des Objects ist jedenfalls das Pfandrecht erloschen. Wenn nun dem Gläubiger eine actio L. Aquiliae utilis gegeben werden soll, weil und soweit es sein Interesse fordert, so setzt das nothwendig voraus, daß ihm ohne die Tödtung die actio hypothecaria zugestanden hätte, denn im entgegengesetzten Fall wäre die Vernichtung des Pfandobjects für ihn durchaus irrelevant. Aber auch dann hat der Gläubiger kein Interesse, daß der servus nicht getödtet wäre, wenn sein

38) Vgl. Francke a. a. O. S. 76. — Keller, L. C. S. 159. — v. d. Pfordten im Archiv a. a. O. S. 134. — v. Savigny, System. V. S. 376. Note d. Obl. R. I. S. 99. Note dd.

39) So kann sie z. B. von dem verus debitor male absolutus verstanden werden.

40) Vgl. Francke a. a. O. S. 76. — Keller, L. C. S. 159. — v. d. Pfordten a. a. O. S. 20. — Dagegen Fein a. a. O. S. 185.

Anspruch gegen den debitor realisirbar ist, und darum ist ihm die a. L. Aquiliae nur da zugestanden, wo das nicht der Fall. Als Beispiel solcher Unrealisirbarkeit der actio wird die Insolvenz des Schuldners, wodurch rechtlich weder debitum noch actio aufgehoben wird, genannt und mit dieser die amissio litis tempore gleichgestellt [41]). Daraus ist zu entnehmen, daß die amissio auch nur eine, wenngleich rechtlich begründete, Unrealisirbarkeit der actio bewirkt, und die obl. als nat. bestehen läßt.

Beispiele von anderen Bethätigungen dieser n. o. finden sich in den Quellen nicht, das kann aber begreiflicher Weise nicht in Betracht kommen, namentlich nicht zu dem, aus dem Sachverhältniß selbst nicht zu rechtfertigenden Schluß führen, als ob diese n. o. sich nur in den gedachten beiden Punkten bethätigen könnte. Verdanken wir doch die Aufbewahrung der in unseren Quellen vorkommenden Zeugnisse für die litis praescriptio wahrscheinlich nur dem Umstande, daß dieselben in der Fassung, in welcher sie vorliegen, auch auf andere Aufhebungsgründe der actio sich beziehen lassen und dadurch auch noch für das Justinianische Recht Giltigkeit haben.

Die von mehreren Seiten gemachten Versuche, den Fortbestand der nat. obl. nach dieser Proceßverjährung zu leugnen [42]), gehen davon aus, daß dieselbe mit der Klagenverjährung wesentlich gleichartig sei, und kommen dann von der Negation der n. o. nach verjährter Klage zu dem gleichen Resultat auch für die Proceßverjährung. Aber das Hinfälligwerden eines bereits begonnenen judicii trotz der Thätigkeit der Parteien und des judex ist wesentlich verschieden von der Constituirung einer actio für eine bestimmte Zeit resp. der Aufhebung der actio nach einer gewissen, unbenutzt verstrichenen Frist [43]).

---

41) Im Just. Recht ist daher die L. cit. von der Klagverjährung zu verstehen.

42) Vgl Linde a. a. O. — Büchel a. a. O. I. s. oben Anm. 35.

43) Bei der Klagverjährung hat gerade die Constituirung des judicii die Wirkung, die bis dahin laufende Verjährung zu unterbrechen. — Vgl. über den Gegensatz zwischen Proceß- und Klagverjährung auch Bekker, im Jahrbuch IV. S. 411.

Die mannigfachen Zeitbestimmungen, welche sich im späteren Recht auf Grund kaiserlicher Constitutionen für die Beendigung eines Processes binnen bestimmter Frist finden, gehören nicht hieher [44]), denn entweder sind sie nur Strafnormen gegen die, welche einen begonnenen Proceß über eine bestimmte Zeit hinaus verzögern, verlangen aber dann doch zur Beendigung des Processes ein Urtheil [45]), oder sie setzen fest, daß wenn ein Proceß nicht nur innerhalb einer bestimmten Zeit nicht angefangen, sondern auch nicht beendigt ist, der Kläger perpetuo silentio conquiescat [46]). In letzterem Fall handelt es sich dann nicht sowohl um Proceßverjährung, sondern um Klagverjährung, nur mit der Besonderheit, daß hier nicht schon, wie sonst, die L. C., sondern erst die völlige Durchführung der actio, dieselbe dem Termin, bis zu welchem sie überhaupt gegeben ist, entziehen soll. Die Verjährung der Litispendenz endlich steht völlig unter den Regeln der Klagverjährung [47]), wie weit aber bei dieser von dem Fortbestand einer n. o. die Rede sein kann, wird im nächsten §. erörtert werden [48]).

Kommt es aber in Folge der L. C. zu einem Judicat und zwar, weil die ursprüngliche actio sich als begründet und der Beklagte als verus debitor herausstellt, zu einer condemnatio, so gewinnt der Kläger an Stelle seines bedingten Anspruchs auf condemnari eine actio judicati [49]). Damit kommt zu dem nat. debitum, welches die L. C. bestehen läßt, wiederum definitiv und unbedingt eine actio, und so wird das

---

44) S. Linde a. a. O. S. 157 ff. — Zimmern, R.G. Bd. III. §. 151. — v. d. Pfordten a. a. O. S. 23

45) Vgl. außer den bei v. d. Pfordten angeführten Stellen über die Beendigung der causae fiscales auch L. 13. C. de jud. (III, 1.)

46) L. 1. Th. C. de dolo malo (II, 15). L. 8. C. eod. (II, 21).

47) Vgl. Linde a. a. O. S. 162. 190. — v. d. Pfordten a. a. O. S. 27.

48) Gar nicht hieher gehört das bei v. d. Pfordten angeführte quadriennium i. i. rest. und das biennium für die Untersuchung über die naufragia naviculariorum.

49) S. oben Anm. 3.

nat. debitum zu einem klagbaren; die obl. judicati ist nur formell von der ursprünglichen verschieden. Man hat wohl in der Judicatsobligation eine neue, aus der durch die L. C. begründeten durch novatio hervorgehende sehen wollen, allein daß dieselbe eben nur die alte obl. in neuer Form ist, ergiebt sich unter Anderem schon daraus, daß der für die obl. post l. c. bestellte Bürge auch für das Judicat haftet [50]).

Dieses Aufgehen der durch die L. C. stehen gelassenen n. obl. in die obl. judicati setzt indessen voraus, daß das Judicat den ganzen in judicium deducirten Anspruch umfaßt; ist das nicht der Fall, so muß das debitum, soweit es nicht Gegenstand der Judicatsklage wird, nach wie vor als naturale bestehen bleiben. Dieses tritt z. B. ein, wenn ein in mehreren nur zum Theil schon fälligen Leistungen zu realisirender Anspruch in judicium deducirt wird. Hier consumirt die L. C. den ganzen Anspruch, die condemnatio geht aber nur auf die bereits fälligen Leistungen. Nur soweit diese reichen, wird der Anspruch wiederum durch die actio judicati zu einem klagbaren, soweit die Leistungen nicht fällig sind, bleibt der Zustand, in welchem sich das debitum pendente judicio befand, unverändert und ohne Aussicht auf den Gewinn einer actio.

Dasselbe Verhältniß tritt in denjenigen Fällen ein, wo nur eine condemnatio debitoris in quantum facere potest erfolgt [51]). Auch hier ist der ganze Anspruch des Klägers ohne Rücksicht auf die Solvenz des Schuldners in judicium deducirt, aber wie schon die Proceßobligation, so umfaßt auch die actio judicati möglicher Weise nicht den gesammten Betrag der Schuld, und was daher nicht durch die actio judicati realisirt werden kann, bleibt definitiv natura debitum, wie es das Ganze durch die L. C. geworden war [52]).

---

50) L. 8. §. 3. D. de fidej. (XLVI, 1). — Vgl. auch Bekker a. a. O. S. 304.

51) Einen solchen Fall s. z. B. oben S. 418.

52) Auf diese Weise führt auch das beneficium competentiae zu einer n. o. Das benef. begründet nur eine dilatorische Einrede, und macht daher die obl. nicht zu einer naturalis; wenn aber auf Grund dieser exc. nur eine theilweise Verurtheilung erfolgt ist, so muß auf den Rest die obl. klaglos bleiben, da die actio auf das Ganze durch die L. C. con-

Endigt aber das Judicium mit einer absolutio, was trotz des wirklich vorhandenen debitum aus mancherlei Gründen eintreten kann, so wird das in judicium Deducirte, die Proceßobligation, und zwar weil die Bedingung derselben als deficient geworden erscheint, definitiv aufgehoben, der Kläger abgewiesen. Ist nun die ursprüngliche obligatio, soweit sie, abgesehen von der durch L. C. consumirten actio rechtlichen Bestand haben konnte, nämlich als naturalis, außerhalb des Processes geblieben, liegt ferner in der absolutio nur der Ausspruch: non paret reum dare oportere, und ist die nat. obl., weil dieselbe niemals ein dare oportere enthält, damit nicht getroffen, so scheint mit Nothwendigkeit zu folgen, daß die während des Processes bestehende nat. obligatio auch nach der absolutio fortbesteht. Und in der That finden wir denn auch in den Quellen diesen Fortbestand der nat. obl. nach der absolutio des verus debitor auf das Entschiedenste anerkannt.

> L. 60. pr. D. de cond. ind. (XII, 6.) Julianus verum debitorem post litem contestatam manente judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet, similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterutrius solutionis origo proficiscitur. (Paul. lib. 3. Quaest.). 53)

Welchen speciellen Fall der Jurist hier vor Augen hat, ist nicht ersichtlich 54), allein wenn die Irrevocabilität des post. l. c. manente judicio Gezahlten damit begründet wird, daß auch die absolutio eines verus debitor auf die Existenz des debitum ohne Einfluß sei, daß ein verklagter verus debitor gleich einem

---

sumirt ist. — Man half gegen diesen Verlust durch Cautionen. — Vgl. v. Savigny, Obl. R. I. S. 105., welcher indessen eine, freilich nur scheinbare, n. o. aus der Irrevocabilität des über das quantum facere potest hinaus Bezahlten ableitet, und wenn die Zahlung nicht den ganzen Betrag der Schuld deckt, auf den Rest wiederum eine actio annimmt.

53) Vgl. vorzugsweise Fein a. a. O. S. 165 ff.

54) Vgl. v. Savigny, Obl. R. I. S. 82. — Brinz, krit. Bl. S. 14. — Bekker a. a. O. S. 286.

solchen sei, welcher unter zwei alternativen, in einem contradictorischen Gegensatze zu einander stehenden Bedingungen promittirt hat, oder einem solchen, welcher das, was er pure schuldet, sub conditione novandi animo versprochen hat[54a]), so ist damit jedenfalls der Einfluß der absolutio auf die wirklich bestehende Schuld, wenigstens als eine zahlbare, geleugnet, und diese trotz der absolutio fortbestehende Schuld kann keine andere sein, als die nach der L. C. neben dem Proceß stehen gebliebene. Daß die Stelle so zu verstehen, beweist denn auch der in die Relation der Julianischen Darstellung von Paullus eingeschobene Satz: »licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet«, der verus debitor bleibt nach der absolutio nat. debitor, nämlich wie er es auch während der Dauer des Processes war.

Fragen wir aber, wie es denn zu der absolutio eines verus debitor kommen kann, so sind verschiedene Fälle zu unterscheiden.

Wegen eines verum debitum steht demjenigen, cui debetur, regelmäßig eine actio zu, allein es giebt auch Fälle, in denen eine solche actio nicht begründet ist — natura debita —. Zur Anstellung einer actio, zur L. C., gehört nun aber nicht der Nachweis der wirklichen Existenz des Forderungsrechts, sondern es genügt die Behauptung desselben. Wenn dann im Laufe des Processes sich ergiebt, daß dem Kläger eine actio nicht zugestanden hat, so muß der verus debitor absolvirt werden. Das debitum bleibt ein klagloses, wie es vorher gewesen. Ein Beispiel solcher absolutio bietet die Erhebung einer Klage aus einem contra SCtum gegebenen Darlehn, gegen welche der Beklagte die exc. SCti vorschützt[55]). In der absolutio liegt hier nur die Anerkennung der Unzuständigkeit der actio, läßt also das debitum unberührt. Die Frage nach der Existenz des letzteren kommt darum nicht in Betracht, weil, wie dieselbe auch beantwortet werden möchte, die absolutio jedenfalls wegen der Nichtexistenz der actio erfolgen muß[56]).

54a) Vgl. den §. 1. der L. 60. cit.

55) Vgl. oben Seite 345.

56) Dasselbe würde von der absolutio gelten, wenn dieselbe auf Grund des Nachweises geschähe, daß die Klage sich auf ein Geschäft stützte, wel-

Aber auch wenn der Kläger wirklich eine actio hat, kann eine absolutio veri debitoris vorkommen. Die condemnatio des Schuldners ist wenigstens während der Zeit der legis actiones und des Formularprocesses dadurch bedingt, daß der Anspruch des Klägers gerade auch in der Gestalt begründet war, welchen er durch die formula erhalten hatte. War das nicht der Fall, so trat ein causa cadere, formula cadere, formula excidere ein, der debitor wurde absolvirt ohne Rücksicht darauf, ob seine Schuld wirklich begründet war, der Anspruch des Klägers war in judicium deducirt, die actio daher consumirt, aber die absolutio ließ den durch die L. C. nicht berührten naturalen Bestandtheil der obl. bestehen.

Ein causa cadere fand da statt, wo der Kläger: »non, quemadmodum oportet, egerit«[57]), und man faßte ziemlich unbestimmt die verschiedensten Fälle unter diese Bezeichnung. Beschränken wir uns auf diejenigen, wo ein wirklicher Gläubiger gegen einen wirklichen Schuldner klagte, so bleiben für das causa cadere nur die Ungehörigkeit der Form der angestellten actio und die pluspetitio übrig. Der erstere Fall ist aber mit den stehenden Formeln der legis actiones weggefallen[58]), und es bleibt für die Zeit des Formularprocesses nur noch die pluspetitio, welche re, tempore, loco, causa vorkommen kann[59]). In diesen Fällen muß auf den Widerspruch des Beklagten, den dieser natürlich bei der pluspetitio tempore in Form einer exceptio dilatoria vorzubringen hat, im Vorju-

---

ches mit dem Beklagten zur Zeit, als er servus oder filiusfam. des Klägers gewesen, abgeschlossen war. Auch wenn sich herausstellte, daß das Geschäft mit dem Beklagten als pupillus sine tut. auct. geschlossen wäre, würde die absolutio die n. o., soweit sie in diesem Fall bestehen kann, unberührt lassen.

57) Siehe die Belegstellen bei Keller, L. C. S. 503 f.

58) Vgl. Gai. IV, 11. 30.

59) Vgl. Gai. IV, 68. Paul. r. s. I, 10. II, 5, 3. Fragm. Vat. §. 53. — §. 33. J. de act. (IV, 6). — An einer Stelle: L. 1. §. 3. D. de calumn. (III, 6.) kommt ein litem perire wegen pecunia judici vel adversario in judicio data vor, wahrscheinlich mit derselben Wirkung wie in den obigen Fällen des causa cadere. — v. d. Pfordten a. a. O. S. 33.

stinianischen Recht die absolutio veri debitoris eintreten, und zwar, weil der ganze Anspruch des Klägers als in judicium deducirt erscheint, mit der Folge, daß eine weitere, wenn auch den früheren Fehler vermeidende actio ausgeschlossen ist [60]).

An Zeugnissen für die rechtliche Bethätigung der n. obl. nach dem causa cadere des Gläubigers fehlt es fast ganz, nur der Fortbestand des pignus ergiebt sich aus

> L. 27. D. de pignor. (XX, 1.) Servum, quem quis pignori dederat, ex levissima offensa vinxit, mox solvit, et quia debito non satisfaciebat, creditor minoris servum vendidit. An aliqua actio creditori in debitorem constituenda sit, quia crediti ipsius actio non sufficit ad id quod deest persequendum? Quod si eum interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni injuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo persecutionem pignoris exinanierit. Fingamus nullam crediti nomine actionem esse, quia forte causa ceciderat: non existimo indignam rem animadversione et auxilio praetoris. Ulpianus notat: si ut creditori noceret, vinxit, tenebitur: si merentem non tenebitur. (Marcellus lib. 5. Dig.)[61])

Hier ist ähnlich wie in der oben angeführten L. 30. §. 1. D. ad L. Aquil. (IX, 2) das Pfand beschädigt [62]), nur ist diese Beschädigung von dem debitor selbst ausgegangen. Auch hier soll dem Gläubiger eine utilis actio L. Aquiliae gegeben werden, sobald er ein Interesse daran hat. Das ist nicht der Fall, wenn der Schuldner mit der crediti actio belangt werden kann, wohl aber, wenn der creditor causa cecidit [63]). Der

---

60) Nur unter gewissen Umständen, „quibusdam casibus", die nicht näher angegeben sind, konnte gegen diesen Verlust durch i. i. restitutio geholfen werden. — Gai. IV. §. 53.

61) Vgl. Linde a. a. O. S. 178. — Büchel a. a. O. I. S. 48. — Fein a. a. O. S. 191 f. — v. d. Pfordten in der Dissertation. pag. 33.

62) Vgl. Zimmern, R.G. Band I. S. 762. Nr. 1.

63) Eine Insolvenz des Schuldners, wie in L. 30. §. 1. D. ad L. Aquil.

Fortbestand des Pfandrechts ergiebt sich hier ferner daraus, daß der Gläubiger, postquam litem perdidit, das Pfand hat verkaufen können.

Der Mangel an weiteren Zeugnissen für die Bethätigung dieser n. o. kann uns nicht veranlassen, den Umfang derselben enger zu begrenzen, als den der durch die L. C. entstandenen. Dazu fehlt es an jedem Grunde und der Umstand, daß die Quellen diese n. o. so wenig erwähnen, erklärt sich hinlänglich daraus, daß im Just. Recht ein derartiges causa cadere mit der Wirkung der Umwandlung des civile debitum in ein naturale nicht mehr eintreten kann [64].

Endlich kann aber auch dann eine absolutio vorkommen, wenn der Kläger wirklich eine actio hat und die klägerische intentio mit dieser actio vollkommen übereinstimmt. Denn ist die condemnatio an das von dem judex zu beurtheilende paret gebunden, so wird dieselbe durch den, sei es bona oder mala fide, gegebenen Ausspruch des Richters: non paret ausgeschlossen, und es kann daher wegen wirklich nicht erbrachten Beweises oder injuria judicis ein verus debitor absolvirt werden [65].

Eine abermalige Anstellung der schon durch die L. C. consumirten actio ist hier jedenfalls ipso jure oder per exc. rei judicatae unmöglich, die rechtskräftige absolutio ist von den Gründen, auf welchen sie ruht, völlig unabhängig [66]. Aber auch in diesem Fall müssen wir consequenter Maßen, wenn der Beklagte wirklich debitor ist, den Fortbestand der von dem

---

wird nicht daneben gestellt, weil hier die actio, um die es sich handelt, gegen den Schuldner selbst gehen soll.

64) v. d. Pfordten a. a. O. S. 36. — vgl. Wetzell a. a. O. S. 81.

65) Vgl. besonders v. d. Pfordten und Fein in den oben Anm. 2. genannten Aufsätzen. Die ältere umfangreiche Literatur findet sich bei Fein übersichtlich zusammengestellt. Seitdem sind hinzugekommen: Wächter a. a. O. III. S. 135. — Buchka a. a. O. I. S. 290. — Flach, in Linde's Ztschr. Bd. 19. S. 397—404. — v. Savigny, Obl. R. I. S. 81. — v. Vangerow a. a. O. S. 304. — Brinz, krit. Bl. S. 14. Pand. S. 573. — Pfeiffer im Archiv f. d. c. Pr. Band 38. Nr. 14. — Bekker im Jahrb. IV. S. 403.

66) Vgl. L. 51. pr. D. de evict. (XXI, 2.)

Proceß überall nicht berührten Schuld als einer naturalen anzunehmen. Eine Bestätigung der allgemeinen Regel der L. 60. cit. gerade für diesen Fall enthält

L. 28. D. de cond. indeb. (XII, 6) Judex si male absolvit; et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. (Paul. lib. 32. ad Ed.)

Ueber die Bedeutung dieses Ausspruchs ist freilich viel gestritten, das Richtige dürfte aber doch wohl sein, den Ausschluß der repetitio auf das nach der absolutio des verus debitor bestehende nat. debitum zu gründen. Das sponte ist dann der Gegensatz von coactus condemnatione, und das male absolvit weist eben auf den verus debitor hin, da, wenn ein non debitor jure d. h. eben weil er nicht schuldig war, absolvirt ist, die repetitio soluti — den erforderlichen error vorausgesetzt — unzweifelhaft begründet ist [67].

Ist damit nun auch die n. o. des verus debitor absolutus und die Zahlbarkeit derselben bewiesen, so dürfen wir doch hier nicht, wie in den oben genannten Fällen, die n. o. in dem vollen Umfange, welchen sie pendente judicio hatte, annehmen, denn es wird ausdrücklich in den Quellen bezeugt, daß nach solcher absolutio das bis dahin für die Schuld bestehende pignus liberirt wird.

L. 13. D. quib. mod. pign. solv. (XX, 6.) Si deferente creditore juravit debitor, se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si judicio absolutus esset: nam et si a judice, quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. (Tryphoninus lib. 8. Disput.) [68])

An sich ist der Fortbestand der obl. als naturalis genügend für den Fortbestand des pignus, und wenn das hier nicht

---

67) Vgl. Fein a. a. O. S. 188, (wo die früheren Erklärungen angeführt sind). — v. Savigny, Obl. Recht. I. S. 88. — v. Scheurl a. a. O. S. 510.

68) Vgl. Bekker, proc. Consumtion. S. 288. Jahrbuch. IV. S. 403. Die Erklärung von Fein a. a. O. S. 199. ist völlig verfehlt, denn das dare oportere kann doch unmöglich als intentio einer hypothecaria actio aufgefaßt werden.

Platz greifen soll, so muß die absolutio in diesem Fall anders als in den oben erwähnten, in denen das Pfand nicht liberirt wurde, auf die nat. obl. einen Einfluß üben, der die fernere Haftung des pignus ausschließt. v. Savigny[69] will diesen Einfluß aus der in Folge der absolutio begründeten exc. rei judicatae ableiten, und daher denn auch nicht sowohl das Pfandrecht völlig untergehen lassen, sondern nur gegen den Schuldner und dessen Successoren die actio hypothecaria wegen der diesen zustehenden exc. rei jud. für weggefallen erklären. Allein dem steht entgegen, einmal daß die Wirkung der absolutio durch die Zuständigkeit resp. Unzuständigkeit der exceptio rei jud. nicht bedingt sein kann, da wenigstens im älteren Recht die absolutio durchaus nicht immer in Form einer exceptio geltend gemacht zu werden brauchte[70], und ferner daß das »pignus liberatur« nicht wohl bloß von einer relativen Unzuständigkeit der actio hypothecaria verstanden werden, sondern nur das völlige Aufhören des Pfandrechts bedeuten kann[71]. Letzteres ergiebt sich auch aus der Gleichstellung des jusjurandum delatum mit der absolutio, welches wie durch Vergleich die Schuld tilgt und nothwendig das pignus vollständig befreiet, und ebenso aus der Stellung dieses Ausspruchs in dem Titel über Aufhebung des Pfandrechts.

Der wahre Grund für die vollkommene Aufhebung des Pfandrechts liegt vielmehr in Folgendem. Regelmäßig ist die actio da vorhanden, wo eine Schuld, eine causa solvendi existirt, die actio ist die regelmäßige Folge des debitum, die obl. ist regelmäßig eine klagbare. Wenn nun der Berechtigte abgewiesen, der verus debitor absolvirt wird, nicht weil ausnahmsweise hier eine actio für das debitum nicht gegeben ist, oder weil die actio der Formulirung des Anspruchs nicht conform ist, sondern weil die actio überhaupt nicht begründet ist, weil keine obligatio vorliegt, so enthält die absolutio in der Negation der actio zugleich auch die des debitum, und wenn damit,

69) System. Band V. S. 250. Anm. 3. — Obl. R. I. S. 91.

70) Gai. III. §. 181.

71) Daß liberari auch für ipso jure frei werden vorkommt, führt v. Savigny, Syst. V. S. 375. selbst an.

falls die absolutio dem Sachverhalt nicht entsprechend ist, auch nicht die Existenz der causa solvendi, also die n. o., wirklich aufgehoben wird, so kann doch der Kläger, da er die absolutio ihrem vollen Inhalt nach gegen sich gelten lassen muß, nicht verhindern, daß ferneren Ansprüchen von seiner Seite gegen den absolutus auch die in dieser enthaltene Ableugnung des debiti entgegengesetzt wird. Die n. o. besteht trotz der absolutio, sie kann aber für den cui debetur in keiner Weise einen Anspruch begründen, welcher mit dem Inhalt der absolutio auch in Bezug auf das debitum im Widerspruch steht.

Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, daß die n. o. überall nicht in litem deducirt sei, mithin auch deren Bethätigung nicht mit der absolutio und deren Inhalt in Widerspruch treten könne, denn die ursprüngliche obl. ist nur eine, und zwar civile, und wenn auch der Inhalt einer nat. obl. darin steckt, so ist doch nicht ein nat. debitum als ein besonderes neben dem civile vorhanden [72]). Durch den Proceß legt sich allerdings die obl. in eine civile und naturale auseinander, letztere ist aber keine neue, sondern die ursprüngliche und erscheint nur für sich als eine nat. obl., weil die actio judicio inclusa est. Wenn nun aber die absolutio davon abhängig ist, daß die actio vor der L. C. nicht existirte, und dieses dargethan wird durch den Ausspruch, daß kein debitum vorhanden war, so ist dieses abgesprochene debitum eben das eine debitum, welches ursprünglich als civiles, nur während der Dauer des Processes als naturales erschien.

Geben wir der absolutio veri debitoris wegen nicht geführten Beweises oder injuria judicis diese Bedeutung, so erklärt sich die Liberirung des Pfandes vollkommen. Klagt der Pfandgläubiger gegen den absolutus, so steht diesem frei unter Berufung auf das Judicat, welches festgestellt, daß überhaupt kein debitum da sei, die Existenz des Pfandrechts, mithin die Zuständigkeit der a. hypoth. zu leugnen. Aber auch dritten Pfandbesitzern muß dieselbe Befugniß zugesprochen werden. Freilich ist das Urtheil nicht in einem Streit zwischen ihnen und dem Kläger erfolgt, und es scheint demnach, als ob sie

---

72) S. oben Seite 233 f.

sich auf die absolutio, als auf eine res inter alios acta nur berufen können, wenn sie mit dem absolvirten Schuldner z. B. durch Singularsuccession in einem rechtlichen Zusammenhange stehen [73]), allein auch abgesehen von einem solchen Verhältniß, muß das Pfandrecht als erloschen gelten. Denn wenn das freisprechende Erkenntniß die Erklärung enthält, daß ein debitum nicht existirt habe, so liegt darin, weil ohne debitum kein Pfand giltig bestellt werden kann, implicite zugleich ausgesprochen, daß die für eine solche (rechtlich nicht vorhandene) Schuld bestellten Pfänder rechtlich nicht als solche angesehen werden können [74]).

Ist dieses aber der Grund, warum das Pfandrecht, einerlei ob vor oder nach der L. C. bestellt, für die durch absolutio, wenn auch fälschlich, negirte Schuld ungiltig wird, so muß ebenfalls die Fortdauer der Haftung eines fidejussor für das debitum des absolutus geleugnet werden [75]). Ob der fidejussor vor oder nach der L. C. bestellt ist, kann nach der Bestimmung der L. 28. C. de fidejussor. (VIII, 41) keinen Unterschied mehr machen, die fidejussores haften bis zur Entscheidung, und falls diese condemnatorisch ist, auch für diese [76]), die absolutio befreiet dieselben aber um so gewisser, als ihnen die nach späterem Recht überall erforderliche exceptio rei judicatae allgemein zugestanden ist.

L. 7. §. 1. D. de exc. (XLIV, 1). Rei autem cohae-

---

73) S. v. Savigny, System. VI. §. 301. Not. h. i. — Obl. R. I. §. 11. Not. r.

74) Vgl. auch Roßhirt a. a. O. S. 144. — Man hat in der Entscheidung der L. 13. cit. einen Widerspruch mit L. 14. §. 1. D. de pignor. (XX, 1.) — s. oben S. 210. — finden wollen, allein mit Unrecht. Denn durch die absolutio wird nicht sowohl eine obl. so aufgehoben, daß n. o. fortbesteht, sondern die Existenz einer obl. überall geleugnet, und es fragt sich dann, ob und wie weit trotz dieser rechtlichen Negation die causa solvendi sich bethätigen kann.

75) In Bezug auf die L. 60. D. de fidej. (XLVI, 1) gilt das in der vorigen Note Bemerkte.

76) Natürlich mit Ausnahme des Falles, daß die post l. c. bestellte Bürgschaft nur pro litis exercitatione bestellt ist. L. 8. §. 3. D. de fid. (XLVI, 1.)

rentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt: ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. (Paul. lib. 3. ad Plaut.) [77].

v. Savigny [78]) will auch diese Befreiung der fidejussores nur auf diejenigen beziehen, welche gegen den Hauptschuldner einen Regreßanspruch haben, und beruft sich dafür darauf, daß in der L. 7. §. 1. cit. in dem auf die angeführten Worte folgenden Satze die exc. SCti Macedoniani erwähnt ist, welche bekanntlich nur den regreßberechtigten Bürgen zusteht [79]). Allein von dieser exc. ist um so weniger ein Schluß auf die exc. rei judicatae erlaubt, als derselbe ganz bestimmt nicht auf alle vorhergenannten exceptiones, namentlich nicht auf die exc. jurisjurandi anwendbar sein würde. Zudem steht entgegen, daß auch anderweit die exc. rei jud. dem Bürgen ohne jede Beschränkung zugestanden ist [80]), und es kann dieses um so weniger auffällig erscheinen, als die actio gegen den fidejussor gerade dasselbe Object hat, wie die gegen den Hauptschuldner.

Wenn indessen die actio gegen den fidejussor gleich wie die des Hauptschuldners durch die absolutio aufgehoben ist, so bleibt der fidejussor jetzt, wo er bis zur solutio haftet, doch ebenso wie der verus debitor absolutus selbst naturaliter obligirt, und in demselben Umfange wie dieser.

Ferner muß aber auch die Zuständigkeit der actio aus einem vor der absolutio geschlossenen constitutum geleugnet werden, denn wenn auch die actio de const. pec. nicht durch die Existenz des debiti zur Zeit ihrer Erhebung bedingt ist [81]), so ist doch diese actio nicht eine in sich selbständige, sondern hat ihre causa in dem (nat.) debitum. Ist nun aber durch die absolutio die Berufung auf dieses debitum überhaupt aus-

77) Vgl. auch L. 42. §. 3. D. de jurejur. (XII, 2.) Item quod reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum, utrique proficeret (Pompon. lib. 18. Epistol.). — L. 29. D. de recept. (IV, 8).
78) Obl. R. I. S. 90.
79) S. oben S. 353.
80) L. 21. §. 4. D. de exc. rei jud. (XLIV, 2.)
81) L. 18. §. 1. D. de const. pec. (XIII, 5.)

geschlossen, so fehlt es auch zur Begründung der actio de const. pec. an der erforderlichen causa.

Eben so wenig kann endlich das n. debitum post absolutionem veri debitoris von dem abgewiesenen Kläger zur Compensation benutzt werden [82]), denn wenn der debitor absolutus, gegen welchen die Compensation geschehen sollte, dieselbe unter Berufung auf die absolutio zurückweist, so muß der Gegner, da durch die absolutio überhaupt jedes debitum rechtlich negirt ist, sich diese Berufung gefallen lassen, und es ist dann unmittelbar das Judicat, nicht, wie v. Savigny will, der dolus, welcher die Compensation hindert [83]).

Dagegen ist denn aber durch diese Bedeutung der absolutio die Möglichkeit einer rechtsgiltigen solutio, welche wir oben als in den Quellen bezeugt angegeben haben, nicht ausgeschlossen. Der verus debitor, welcher ohne von der absolutio zu wissen zahlt, zahlt allerdings errore, allein dieser error ist keineswegs ein solcher, welcher zur repetitio berechtigt, denn er bezieht sich nicht auf den objectiven Bestand der causa solvendi, welche trotz der absolutio wirklich vorhanden ist, sondern darauf, daß diese causa durch actio oder überhaupt irgend wie gegen ihn rechtlich geltend gemacht werden könne. Ist das Letztere nun auch nicht der Fall, schließt die absolutio jede Rechtswirkung des debiti gegen den debitor aus, so steht das doch nicht der sponte gemachten solutio entgegen, welche vielmehr auf Grund der, auch abgesehen von der Wirkung der absolutio vorhandenen causa solvendi den Charakter der so-

---

82) Um diesen Punkt, als den einzig eigentlich practischen bei der vorliegenden Frage, hat sich denn auch hauptsächlich der Streit gedreht, und die oft mehr durchgefühlte wie richtig erkannte Unzulässigkeit der Comp. hat dann im Zusammenhang mit der falschen Auffassung von einer immer den gleichen Umfang habenden n. o. oft zu einer Ableugnung dieser o. geführt.

83) Geht man, wie auch v. Savigny, davon aus, daß die absolutio die n. obl. auch als eine rechtlich sich bethätigende unberührt lasse, so kann es an sich kein dolus genannt werden, wenn der abgewiesene Kläger dieses debitum durch Compensation zu realisiren versucht, denn daß Compensiren ein Anderes ist, als Geltendmachen der actio wird eben durch die Anwendbarkeit derselben auf das nat. debitum bewiesen.

lutio debiti erhält. Man könnte aber fragen, warum denn die absolutio nicht eben so wie eine exceptio eine actio begründete, wenn durch das Urtheil das debitum negirt sei [84]), allein es kann in diesem Fall ein Schluß von der exceptio auf die actio nicht gemacht werden. Zur Begründung der ersteren genügt, daß durch die absolutio das wirklich bestehende debitum rechtlich vollkommen zurückgewiesen ist, zu der actio würde aber hier die völlige Abwesenheit der causa solv. gehören, und diese ist aus der absolutio allein nicht abzuleiten [85]).

Die Möglichkeit der rechtsgiltigen Zahlung des nat. deb. veri debitoris absoluti ist aber nicht die einzige Art und Weise, in welcher sich diese n. o. rechtlich bethätigen kann, vielmehr müssen wir, wenn auch Zeugnisse dafür fehlen, dieselbe als eine genügende Grundlage für eine nach der absolutio vorzunehmende Pfand- oder Bürgschaftsbestellung, sowie gleicher Weise für ein constitutum und eine novatio erklären. Das zu diesen Geschäften erforderliche n. debitum ist trotz der absolutio vorhanden, und der in letzterer enthaltene Ausschluß jeder Geltendmachung des debiti Seitens dessen cui debetur steht hier nicht entgegen, da der debitor freiwillig — ob im Bewußtsein von der absolutio oder im Irrthum darüber — das wirklich bestehende debitum anerkennt [86]).

So ergiebt sich in diesem Fall aus der causa solvendi und dem Grunde, aus welchem dieser die actio abgesprochen

---

84) v. Scheurl a. a. O. S. 511.

85) Dazu kommt, daß hier nach L. 64. D. de cond. ind. (XII, 6.) — s. oben S. 121. — debitum und indebitum nach dem sogar über das positive Recht hinausliegenden Maßstabe bestimmt werden müßte.

86) Man könnte allerdings fragen, ob denn solche fidej. nicht eben so gut die exc. rei jud. haben, wie die vor der absolutio bestellten, oder ob nicht ihre fid. als eine erroris fidejussio ebenso nulla wäre wie die nach abgelaufener Klagverjährung. Allein auf die vor seiner Obligirung geschehene absolutio kann der fidejussor sich nicht berufen, da er eben nur auf das nach der absolutio übrig bleibende n. deb. sich verbürgt hat, und sein Irrthum, dieses sei noch ein klagbares, nicht in Betracht kommen kann Ein Schluß von der Verjährung ist ferner auf die absolutio veri debitoris nicht gestattet, weil die Aufhebung der actio durch Ablauf der Verjährung, wie gleich im folgenden §. zu erörtern sein wird, eine andere Bedeutung als die durch falsche absolutio hat.

wird, eine eigenthümlich begrenzte nat. obl., die aber, weil die absolutio doch nicht jede rechtliche Bethätigung derselben ausschließt, im eigentlichen Sinn des Worts eine rechtliche nat. obl. ist. Diejenigen, welche statt dessen hier nur eine obl. im moralischen Sinn annehmen wollen oder behaupten, die in den Quellen sich findende Erwähnung der n. o. sei Nichts als der Satz, die absolutio könne die Thatsache, daß der absolutus Schuldner sei, nicht aufheben [87]), sind zu dieser Annahme nur durch den vermeintlichen Widerspruch geführt worden, welcher zwischen der Behauptung einer n. o. im technischen Sinn und der Bedeutung der absolutio als einer rechtskräftigen Entscheidung entstehen müsse. Und in der That wäre dieser Widerspruch vorhanden, wenn die nach der absolutio fortbestehende n. o. hinsichtlich ihrer Rechtswirksamkeit den vollen Umfang hätte, welchen überhaupt eine n. o. haben kann; begrenzen wir dieselbe aber gerade nach der rechtlichen Bedeutung der absolutio, so verschwindet dieser Widerspruch vollkommen und wir können, ohne die Wirkung des Urtheils zu schmälern, den Fortbestand der nat. obl. in der technischen Bedeutung des Worts eben aus der Bedeutung der absolutio ableiten.

Bei der absolutio veri debitoris injuria judicis oder wegen nicht geführten Beweises der actio können wir endlich auch noch die Abweisung des Klägers auf Grund einer von dem verus debitor fälschlich vorgebrachten, vom judex aber für begründet erklärten, die actio nachträglich aufhebenden exceptio unterscheiden. Auch hier wird jedenfalls die obl. als naturalis bestehen bleiben, der Umfang derselben aber muß sich nach dem Inhalt der exc. bestimmen, da die absolutio das debitum nur auf Grund der exc. und soweit diese reicht, negirt.

Dieses führt uns denn auf die folgende Betrachtung.

87) Vgl. z. B. Büchel a. a. O, II. S. 117. — Erxleben a. a. O S. 128. — v. Scheurl a. a. O. S. 510. – v. Vangerow, Pand I. §. 173. Anm. I, 5. — S. dagegen Brinz, Pand. S. 573., der übrigens die L. 60. cit. wieder zu eng von dem Fall versteht, wo noch nicht absolvirt ist. Der Satz: licet enim u. s. w. läßt eine solche Beschränkung nicht zu.

§. 22.

Die actio wird nämlich auch aufgehoben durch eine derselben entgegentretende exceptio perpetua, und zwar hat die exceptio diese Wirkung nicht erst durch die gerichtliche Geltendmachung, sondern dieselbe liegt schon in der Existenz des Exceptionsgrundes [1]). Die exceptio enthält aber nicht nothwendig zugleich einen Aufhebungsgrund für die obligatio, soweit diese auch ohne actio bestehen kann, für die causa solvendi, vielmehr hängt es von dem Inhalt der exceptio in jedem einzelnen Fall ab, ob und wie weit die Wirkung derselben über die Aufhebung der actio hinausgreift [2]). Gehört der Exceptionsgrund zu den oben genannten Tilgungsgründen der obligatio [3]), so tilgt er dieselbe völlig, also namentlich, wenn er der solutio oder satisfactio gleich zu achten; im entgegengesetzten Fall bleibt an sich die causa solvendi bestehen, und es fragt sich, ob und in wie weit der nur die actio treffende Tilgungsgrund noch eine Bethätigung der obligatio zuläßt.

Den Hauptfall, welcher hier in Betracht kommt, bildet die exceptio temporis. Der Ablauf der Verjährungsfrist hebt die actio definitiv auf, indem er gegen dieselbe eine exceptio perpetua begründet. In diesem Zeitablauf und der Nichterhebung des betreffenden Anspruchs während dieser Frist ist aber nicht nothwendig eine Aufhebung der causa solvendi enthalten, vielmehr scheint es sehr nahe zu liegen, die Wirkung der Verjährung auf die actio zu beschränken. Dagegen muß zugestanden werden, daß man die Verjährung auch sehr wohl auf die ganze obl. bezogen sich denken, daß man den Ablauf einer gewissen Zeit auch als Aufhebung der causa solvendi ansehen kann.

---

1) Eine dilatorische exceptio schiebt nur die Geltendmachung der actio hinaus, hebt sie nicht auf. Die wirklich vorgeschützte exc. dil. hat aber natürlich mit der absolutio debitoris die völlige Aufhebung der obl. zur Folge. Im späteren Recht ist indessen diese Folge geändert. Vgl. §. 10. J. de except. (IV, 13.)

2) S. oben Seite 350 f.

3) S. oben Seite 396.

Welche Auffassung ist nun die des Röm. Rechts, welchen Inhalt haben die Römer der exceptio temporis beigelegt, läßt die Verjährung die obl. als naturalis bestehen oder nicht?

Bei Beantwortung dieser Frage, welche als eine der berühmtesten Controversen des Civilrechts eine umfangreiche Literatur hervorgerufen und die Juristenwelt fast in zwei Lager gespalten hat, deren Vereinigung bis auf diesen Tag noch nicht erfolgt ist [4]), werden wir uns, da ausdrückliche Zeugnisse, nämlich solche, welche wörtlich die nat. obl. anerkennen oder leugnen, fehlen, unmittelbar danach umzusehen haben, ob und welche Bethätigungen einer obl. nach Ablauf der Verjährung in den Quellen sich verzeichnet finden, und daraus dann zugleich die Existenz und den Umfang der obl. in diesem besonderen Fall entscheiden.

Freilich ist es gerade in dieser Materie ziemlich allgemein angenommen, daß die einzelnen Quellenzeugnisse zur Beantwortung der gedachten Frage völlig unzureichend seien, und man sich daher nach allgemeineren Gründen umsehen müsse, zu denen dann die einzelnen Zeugnisse nur adminiculirend hinzutreten

4) Eine Darlegung dieses bekannten Streites kann hier nicht erwartet werden, da derselbe immer unter Zugrundelegung eines falschen Begriffes von nat. obl. geführt ist, und die bisher gebrauchten Argumente also für uns nicht maßgebend sein können. Eine übersichtliche Zusammenstellung der Literatur bis 1855 findet sich bei: Felix Dahn, „über die Wirkung der Klagverjährung bei Obligationen“, München 1855. Die neueste Arbeit über unsere Frage ist eine Abhandlung von Bekker: „die Wirkung der Klagenverjährung“, in seinem und Muthers Jahrb. Band IV. Nr. XIV. S. 408 ff. Dieselbe enthält eine ausführliche Kritik der Darstellung v. Savigny's im System (Bd. V. §. 248—251.), der letzten ausführlichen Vertheidigung des Fortbestandes der nat. obl. in ihrem vollen Umfange. Sodann wendet sich Bekker gegen Demelius, dessen „Geschichte der Klagenverjährung“ (Untersuchungen aus dem römischen Civilrecht. Erster Band. Weimar 1856. Nr. I) zur Lösung der hier in Rede stehenden Streitfrage wesentlich beitragen muß. Demelius selbst kommt zu dem Resultat, daß nicht die alte, wohl aber die neue Verjährung eine n. o. bestehen lasse, daß indessen jene Verjährung in dieser aufgegangen, also h. z. T. überall eine n. o. anzunehmen sei. Diese Ansicht über die neuere Verjährung hat Bekker mit Recht bestritten.

könnten [5]), allein einem unbefangenen Beobachter kann es nicht entgehen, daß diese allgemeinen Gründe, nachdem oft beide Parteien dieselben für sich mit gleich großem oder vielmehr geringem Erfolg angezogen haben, nicht den Ausschlag geben können. Man wird die Frage nach dem Fortbestand der n. o. nach abgelaufener Verjährung nicht daraus beantworten können, daß es eben eine Klagverjährung sei [6]), denn die Unterscheidung zwischen Klage und Recht ist hier so falsch, wie überhaupt auf dem Gebiet des Obligationenrechts, und kommt noch dazu hier, falls man nur die nat. obl. richtig als obl. ohne Recht faßt, überall nicht in Betracht. Denn wenn die Verjährung auch den ganzen Anspruch des Gläubigers, sein ganzes Recht, und zwar ohne jede Beschränkung aufhebt, so bleibt daneben doch noch Platz für eine nat. obl. [7]) Ebenso wenig kann man unsere Frage aus dem der Einführung der Verjährung zu Grunde liegenden Zwecke entscheiden, denn die verschiedenen Fälle, in denen die Verjährung vorkommt, sind offenbar aus verschiedenen Zwecken derselben unterstellt und gerade für den Hauptfall, die allgemeine dreißigjährige Verjährung, sind die Angaben über den Zweck des Instituts so unbestimmt, daß man daraus für den hier in Rede stehenden Punkt nichts Näheres entnehmen kann. Dasselbe gilt von einer Charakterisirung der exc. temporis als einer in odium creditoris oder in favorem debitoris introducta, und andererseits als einer juris civilis oder j. gentium, welche gerade für diesen Fall ausgebeutet ist [8]). Denn, auch abgesehen davon, daß im älteren Recht nicht nothwendig jede Verjährung durch exceptio geltend zu machen ist, zerfließt hier der erstere Gegensatz, da die exc. temporis, wenn wir nach den Motiven für dieselbe suchen, offenbar auf beide Gründe

---

5) So z. B. auch noch die Darstellung von v. Savigny. Vgl. Puchta, Vorlesf. §. 92. v. d. Pfordten a. a. O. S. 27. und Andere.

6) Vgl. Dahn a. a. O. S. 42.

7) Man darf daher auch nicht, wie Windscheid a. a. O. S. 41. will, gerade das Stehenbleiben der n. o. als einen Beweis ansehen, daß die Verjährung nur die Klage, nicht den Anspruch treffe.

8) Vgl. v. Savigny, Syst. V. S. 374 f. — v. Scheurl a. a. O. S. 514 ff. — Dahn a. a. O. S. 44. 46.

zurückgeführt werden kann [9]), der zweite aber ist, wie schon erwähnt, für die Frage nach dem Bestand einer n. o. völlig bedeutungslos. Andere für die Fortdauer der n. o. angeführte allgemeine Gründe, z. B. die Analogie der Verjährung der dinglichen Klagen [10]), die Analogie der Proceßverjährung [11]), und der Hinweis darauf, daß wenn man nach abgelaufener Verjährung keine n. o. annähme, der Gläubiger nach verjährter Klage schlechter stehen würde, wie der, welcher von Anfang an keine actio gehabt [12]), sind schon von Anderen genügend zurückgewiesen [13]).

Wenden wir uns nun aber zu den einzelnen Zeugnissen über die Bedeutung der Klagverjährung, so müssen wir vorläufig die allgemeine Theodosianische von der früheren für gewisse Klagen ausnahmsweise vom Civilrecht oder dem Edict eingeführten Verjährung unterscheiden. Von beiden ist die negative Wirkung, nämlich die völlige Aufhebung der actio, in den verschiedensten Ausdrücken bezeugt, was wohl keines Nachweises bedarf. In Bezug auf die Frage, ob nach der Verjährung noch eine Bethätigung der obl. möglich, finden wir bei der Theodosianischen Verjährung nur einen einzigen Punkt erwähnt, nämlich, daß die Pfandklage nicht, wie es Regel ist, in 30, sondern in 40 Jahren verjähren soll [14]), woraus also folgt, daß auch nach verjährter Hauptklage die actio hypothecaria wenigstens noch 10 Jahre lang fortbesteht. Wir dürfen auf Grund dieser Bestimmung gewiß behaupten: remanet propter pignus nat. obl., natürlich aber nur in dem Umfange,

9) Vgl. auch v. Scheurl a. a. O. S. 515. — S. oben Seite 350.

10) Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 368. Puchta, Pand. §. 92. Dagegen v. Vangerow a. a. O. I, 1. S. 263. Büchel a. a. O. S. 37. Dahn a. a. O. S. 41. Bekker a. a. O. S. 413.

11) Vgl. v. Savigny a. a. O. — S. dagegen oben S. 436. Anm. 43.

12) Vgl. Göschen, Vorlesf. Band III. §. 154. — v. Savigny a. a. O. S. 380.

13) Vgl. Demelius a. a. O. S. 66. — Bekker a. a. O. S. 412.

14) L. [illegible] §. 1. C. de praescr. XXX. vel XL. ann. (VII, 39.) Quamobrem jubemus hypothecarum persecutionem — non ultra quadraginta annos prorogari. — In actione scilicet personali iis custodiendis, quae prisca constitutionum sanxit justitia. (Justin.)

den eben die, jetzt noch dazu auf eine bestimmte Zeit beschränkte actio hypothecaria gewährt.

Ob die allgemeine Klagverjährung noch in weiterem Umfang eine n. o. bestehen läßt, davon nachher.

Ueber die alte Verjährung dagegen, obgleich sie nur einzelne Klagen trifft, haben wir mehrere und andere Zeugnisse. Diese Verjährung ist durch die Theodosianische nicht aufgehoben, sondern im Gegentheil ausdrücklich bestätigt:

L. 4. C. de praescr. XXX. vel XL. ann. (VII, 39.) — — cunctas quidem temporales exceptiones, quae ex vetere jure vel ex principalibus decretis descendunt, tanquam si per hanc legem specialiter ac nominatim fuissent enumeratae cum suo robore durare, et suum cunctis quibus competunt vel in posterum competere valuerint, pro suo videlicet tenore praesidium in perpetuum deferre decernimus. (Imp. Anastasius.) 15)

Wir dürfen daher unbedenklich die in den Digesten sich findenden Beispiele von Obligationen und Actionen quae tempore finiuntur, von debitores qui tempore liberantur wenigstens auf diese ältere Verjährung beziehen und haben keinen Grund an den Stellen zu drehen und zu deuteln, um ihnen irgend welche andere Beziehung, als die auf die Klagenverjährung abzugewinnen.

Diese Stellen sind folgende:

L. 18. §. 1. D. de pec. constit. (XIII, 5.) Quod adjicitur: eamque pecuniam quum constituebatur, debitam fuisse, interpretationem pleniorem exigit. Nam primum illud efficit, ut si quid tunc debitum fuit, quum constitueretur, nunc non sit, nihilominus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Julianus putat: quoniam eo

15) L. un. Th. C. de act. cert. temp. fin. (IV, 14.)

tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus, quo non tenebatur. (Ulp. lib. 27. ad Ed.) [16])

Für die Zeit nach Ablauf der Verjährung wird das debitum, die obligatio geleugnet; zugleich wird die fortdauernde Haftung ex constituto behauptet, selbst wenn die letztere auf Zahlung nach Ablauf der Verjährung gerichtet war. Als Grund aber wird angegeben, daß es für die Giltigkeit des constituti genüge, wenn nur zur Zeit der Begründung desselben ein debitum vorhanden. Daraus ist denn auch mit Sicherheit der Satz zu entnehmen, daß ein nach Ablauf der Verjährung, — also tempore quo non est obligatio — abgeschlossenes Constitutum ungiltig ist.

Dem ähnlich heißt es in

L. 37. D. de fidej. (XLVI, 1.) Si quis postquam tempore transacto liberatus est, fidejussorem dederit, fidejussor non tenetur, quoniam erroris fidejussio nulla est. (Paul. lib. 17. ad Plautium.) [17])

Während für eine nat. obl. allgemein, auch namentlich in dem Fall, daß die n. o. eine nach Wegfall der actio übriggebliebene ist, die Möglichkeit einer Bürgschaftsbestellung anerkannt ist, wird sie hier nach Ablauf der Verjährung auf das Entschiedenste geleugnet. Man hat die Beweiskraft der Stelle für diesen Satz nicht nur dadurch zu beseitigen versucht, daß man dieselbe nicht auf die Klagverjährung bezogen wissen wollte [18]), sondern auch dadurch, daß man den Grund der Entscheidung in dem error suchte, unter diesem einen Irrthum über den geschehenen Ablauf der Verjährung verstand, und die Ungiltigkeit der fidejussio auf die wegen seines Irrthums dem fidejussor ebenso wie dem debitor tempore liberatus zustehende

16) S. oben Seite 204. Anm. 33. — v. Savigny a. a. O. S. 401 f. will diese Stelle nicht von der Klagverjährung verstanden wissen, hauptsächlich deßhalb, weil bei dieser Annahme sich Ulpian halb für die eine, halb für die andere der (über den Bestand der n. o.) streitenden Parteien erklären würde. — S. dagegen Demelius a. a. O. S. 74.

17) Die früheren Erklärungen dieser Stelle s. bei Dahn a. a. O. S. 26 f.

18) Früher wollte man ziemlich allgemein die Stelle von einer obligatio ad tempus constituta verstehen. S. Dahn a. a. O.

exceptio bezog [19]). Allein mit Recht ist dagegen bemerkt, daß dann doch die fidejussio ulla wäre [20]), obgleich sie doch nulla sein soll, und außerdem ist zu beachten, daß die fidejussio post tempus transactum eine erroris f. genannt wird, d. h. eine fidejussio, deren Gegenstand ein error statt eines debitum. Also wenn der fidejussor auch weiß, daß die Schuld verjährt ist und — was freilich wohl kaum vorkommen wird — sich dennoch verbürgt, weil er meint, daß noch ein debitum, wenn auch ohne actio bestehe, so ist das auch erroris fidejussio, und wenigstens als fidejussio ungiltig [21]).

Eine dritte in demselben Sinn zeugende Stelle ist

> L. 25. §. 1. D. ratam rem hab. (XLVI, 8.) Procurator, cum ab eo aes alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominum habiturum cavit; deinde post tempus, liberato jam debitore, dominus ratam rem habet. Posse debitorem agere cum procuratore existimavit, quum jam debitor liberatus sit; argumentum rei, quod si nulla stipulatio interposita sit, condictio locum adversus procuratorem habitura sit; in locum autem condictionis interponi stipulationem. (Afric. lib. 6. Quaest.) [22])

Die Zahlung an den procurator gilt als solutio erst im Moment der Ratihabition Seitens des Gläubigers, erfolgt diese erst nach abgelaufener Verjährung, so soll sie ungiltig sein und der Schuldner gegen den procurator die actio ex stipulatu oder die condictio (sine causa) haben. Damit ist bewiesen, daß nach Ablauf der Verjährung überall kein debitum da ist, denn sonst müßte die Ratihabition auf dieses sich beziehen und wirksam sein. Fehlt es aber in diesem Sinn post tempus exactum an einem debitum, so muß sicher auch das von dem tempore liberatus debitor errore dem Gläubiger Gezahlte mit der condictio indebiti repetirt werden können [23]).

---

19) S. z. B. v. Savigny a. a. O. S. 398.

20) Brinz, Pand. S. 163.

21) Vgl. Brinz, krit. Bl. S. 14. Anm. 15. — Pand. S. 163. — Dahn a. a. O. S. 27. — Bekker a. a. O. S. 430.

22) Vgl. Büchel a. a. O. S. 73. — Bekker a. a. O. S. 432.

23) Vgl. Büchel a. a. O. S. 74.

Zu diesen klaren mit einander völlig im Einklang stehenden Zeugnissen kommt dann auch endlich noch ein nicht nach allen Seiten hin verständliches, gleichfalls von Africanus, nämlich:

> L. 38. §. 4. D. de solut. (XLVI, 3.) Si quis pro reo reverso fidejusserit, qui cum reipublicae causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus praeterierit, an fidejussor liberetur? Quod Juliano non placebat, et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit. Sed hoc casu in ipsum fidejussorem ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occiderit. (Afric. lib. 7. Quaest.)

Die Stelle ist verschiedentlich erklärt [24]), namentlich sind die Interpreten nicht einig darüber, ob hier eine Bürgschaftsbestellung nach oder vor der Verjährung gemeint sei. Das Letztere dürfte indessen das Richtige sein, denn die fidejussio ist für den Schuldner nach dessen Rückkehr bestellt und darauf — deinde — ist der annus abgelaufen. Dieser Satz kann neben dem vorherstehenden actione liberatus sit nur die Bedeutung haben, daß erst mit dem Ablauf dieses annus die Verjährung eingetreten, mithin die Bürgschaftsbestellung noch für die nicht verjährte Schuld geschehen ist. Das: actione liberatus sit muß dann dahin verstanden werden, daß der Schuldner, so lange er rei publicae causa abwesend, der actio nicht ausgesetzt war, und daher, wenn die actio eine temporalis, der annus erst vom Moment der Rückkehr anzunehmen ist. Der hierfür gebrauchte Ausdruck wird freilich etwas auffallend und ungewöhnlich erscheinen, allein er kann doch diese Bedeutung haben, und da muß dann der aus dem Zusammenhange entnommene Grund zur Bestätigung dienen. Der Jurist fragt denn auch nicht, ob die Bürgschaft giltig, sondern ob der Bürge durch die Verjährung liberirt sei. An sich muß er diese Frage bejahen, will dieses Resultat aber unter Berufung auf die Auctorität des Julianus wenigstens in dem Falle, in welchem

24) Vgl. Büchel a. a. O. S. 68. — v. Savigny a. a. O. S. 400. — Dahn a. a. O. S. 29. — Bekker a. a. O. S. 431.

cum fidejussore experiundi potestas non fuit nicht gelten lassen, sondern ex edicto dem Gläubiger gegen den fidejussor die verlorene actio restituiren. Woran der Jurist bei der Voraussetzung des Mangels der experiundi potestas gedacht habe, ist nicht klar, jedenfalls aber steht fest, daß die actio ex stipulatu nach verjährter Hauptklage nicht mehr zulässig ist, und es erscheint das durchaus erklärlich, wenn wir davon ausgehen, daß die obligatio des Bürgen nicht sowohl eine eigene ist, sondern nur die des Hauptschuldners, wegen deren der fidejussor sich verklagen zu lassen übernommen hat [25]. Die Verjährung der Hauptobligation trifft dann natürlich auch die des Bürgen. Mit dem allmäligen Hervortreten der Selbständigkeit der fidejussorischen Obligation mußte nun aber dieser Satz immer mehr verschwinden, und als letztes Resultat die fortdauernde Haftung der an sich der Verjährung nicht unterworfenen actio ex stipulatu erscheinen.

Daß höchst wahrscheinlich die Behandlung der fidejussio bei der actio temporalis einen gleichen Verlauf genommen, wie bei dem Untergang des geschuldeten Objects durch culpa des fidejussor, zeigt die vergleichende Erwähnung dieses Falls am Ende der L. 38. cit. [26] Auch fehlte, sobald man die obl. ex fidejussione als eine eigene von der Hauptobligation verschiedene ansah, jeder Grund die actio ex stipulatu anders wie die actio ex const. pec. zu behandeln, denn daß die Verjährung, selbst wenn man sie als vollständigen Aufhebungsgrund des debitum, nur nicht als materielle Beseitigung der causa solvendi ansah, die fortdauernde Haftung des fidejussor nicht ausschließt, zeigt außer der Analogie des constituti auch der oben erwähnte Fall eines unbeerbten Todes des debitor, durch welchen der fidejussor nicht befreiet wird [27].

Darum wird es als gerechtfertigt erscheinen, wenn wir, wenigstens für die spätere Zeit, die Fortdauer auch der fidejussio für eine verjährte Schuld behaupten [28].

---

25) Vgl. Bekker, processf. Consumtion. §. 14.
26) Vgl. oben Seite 400.
27) S. oben Seite 401.
28) Vgl. auch Bekker a. a. O. S. 433.

Hinsichtlich der übrigen Bethätigungen einer nat. obl. fehlt es in Bezug auf die Verjährung der actio an jedem Zeugnisse, allein die so eben erwähnten können auch über die Möglichkeit resp. Unmöglichkeit dieser Manifestationen Aufschluß geben.

Was zuerst das Pfandrecht anbetrifft, so muß eine Pfandbestellung nach Verjährung der actio temporalis sicherlich für nichtig erklärt werden, denn für sie fehlt es ebenso wie für die fidejussio an einem Gegenstand: erroris pignus nullum est. Die Schuld ist freilich nicht gezahlt, allein wie aus L. 25. §. 1. D. ratam rem. sich ergiebt, ist doch nach der Verjährung Nichts mehr zu zahlen, und die Pfandbestellung, welche ein bestehendes debitum verlangt, ist daher unmöglich. Dagegen müssen wir, wenn die Pfandbestellung vor Ablauf der Verjährungsfrist geschehen, das pignus eben so wie das constitutum auch nach Ablauf dieser Zeit für verhaftet ansehen, da das bei Bestellung des Pfandes vorhandene debitum durch die Verjährung nicht gezahlt ist, da ferner die Pfandobligation eine andere als die personalis actio und endlich die Aufhebung dieser durch Verjährung doch nicht stärker wirken kann als z. B. confusio obl.[29]) Eine Bestätigung dieser Annahme der fortdauernden Haftung des Pfandes liegt endlich auch in der besonderen Behandlung der a. hypothecaria bei der allgemeinen 30jährigen Verjährung, welche oben schon erwähnt ist. Demelius[30]) behauptet zwar, man dürfe davon einen Schluß auf die alte Verjährung nicht machen, das wäre nur gestattet, wenn, was nicht der Fall, die neue allgemeine Verjährung dasselbe Institut wie die alte wäre, allein mag man auch die Verschiedenheit beider Arten von Verjährung zugeben, so ist doch zu beachten, daß die actio hypothecaria im früheren Recht eine actio perpetua gewesen, und nicht einzusehen ist, wie die alte Verjährung, welches immer ihr Princip gewesen sein mag, da sie, wie die fortdauernde Haftung ex constituto zeigt, keine solutio enthält, auf die actio hypothecaria könnte von Einfluß gewesen sein[31]).

---

29) S. oben Seite 403.

30) A. a. O. S. 65.

31) Vgl. auch L. 50. D. de minor. (IV, 4.) Die Restitution stellt die obl. nur wieder für die bestimmte Zeit her, das Pfand aber ohne alle Einschränkung.

Daß nach Ablauf der Verjährungszeit die Schuld nicht zur Compensation benutzt werden konnte, würde allein schon daraus hervorgehen, daß die Compilatoren, obgleich zur Zeit der Pandektenjuristen die Compensation bereits ihre volle Ausbildung erhalten hatte, uns kein darauf bezügliches Zeugniß aufbewahrt haben, während doch die Compensabilität ohne Zweifel die practischste Eigenschaft der verjährten Forderung gewesen wäre [32]). Die Unzulässigkeit der Compensation folgt aber auch mit Nothwendigkeit aus der Revocabilität der solutio nach vollendeter Verjährung, denn was überhaupt nicht giltig gezahlt werden kann, kann es auch nicht durch Abrechnung werden [33]).

In Bezug auf novatio müssen wir endlich auch wieder sagen: erroris novatio nulla est [34]).

Das Resultat dieser Zusammenstellung wäre demnach dieses: das mit einer temporalis actio versehene debitum ist an und für sich betrachtet durch Ablauf des der actio gesetzten tempus rechtlich völlig vernichtet [35]), wenngleich in dem Ablauf

---

32) Vgl. Bekker a. a. O. S. 425.

33) Wie gerade in diesem Fall die falsche Auffassung von dem: ipso jure compensari auf die Theorie und auf die neuere Gesetzgebung schädlich eingewirkt hat, darüber s. Bekker a. a. O. S. 438 f.

34) v. Savigny a. a. O. S. 404. will die von dem Schuldner selbst oder von einem Dritten unter Mitwirkung des Schuldners ausgehende novatio, wenn Letzterer weiß, daß die Verjährung vollendet ist, für giltig halten, weil darin augenscheinlich ein Verzicht auf den Vortheil der Verjährung liege. Allein ein solcher Verzicht kann das wirklich untergegangene debitum nicht wieder herstellen, und darum ist das Geschäft wenigstens keine novatio.

35) Daß auch die für die gegentheilige Meinung herbeigezogenen L. 29. §. 6. D. mand. (XVII, 1.) L. 69. D. de fidej. (XLVI, 1.) L. 71. §. 1. D. de solut. (XLVI, 1.) nicht auf die Klagverjährung zu beziehen, sondern ursprünglich von der L. Furia zu verstehen seien, dürfte wohl nicht mehr zweifelhaft sein. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 400. Anm. h. — Dahn a. a. O. S. 30. — Bekker a. a. O. S. 432. — Welche Bedeutung die Stellen in der Compilation haben, ist freilich schwerer mit Bestimmtheit zu sagen. — Daß aus L. 17. 19. pr. D. de neg. gest. (III, 5.) und L. 23. §. 2. D. de inoff. testam. (V, 2.) Nichts für die Fortdauer einer n. o. zu entnehmen, ist schon von Büchel nachgewiesen, s. Dahn a. a. O. S. 34.

der Zeit eine solutio oder ein die obligatio ihrem Wesen nach unmöglich machender Aufhebungsgrund (Wegfall des Subjects oder Objects) nicht enthalten ist. Dieses letztere macht sich geltend, wenn zu der obl. vor Ablauf der Verjährung Accessionen hinzugetreten sind; dieselben werden von der Verjährung der actio principalis nicht mitbetroffen, und daher kann man, ganz in demselben Sinn, welchen wir diesen Worten schon oben in verschiedenen Fällen beigelegt haben, auch von der Wirkung der Klagenverjährung sagen: remanet nat. obl. propter constitutum, propter fidejussionem, propter pignus.

Dieses Resultat entspricht denn auch vollkommen dem Wesen der alten Klagverjährung, wie es in überzeugender Weise von Demelius [36]) dargestellt ist.

Alle Temporalklagen beziehen sich nicht auf eine schon vor ihnen, resp. vor ihrer Beschränkung auf eine bestimmte Zeit vorhandene und als solche rechtlich anerkannte causa solvendi, sondern diese letztere wird eben erst durch die Constituirung der actio geschaffen, und wenn daher diese actio von vornherein nur auf eine bestimmte Zeit gegeben ist, so existirt auch gerade nur für diese Zeit eine rechtliche causa solvendi [37]), und kann über dieselbe hinaus nur dadurch noch eine rechtliche Bedeutung behalten, daß verschiedene an die causa solvendi sich anschließende Vorgänge von ihrem Standpunkte aus diese causa so lange für existent ansehen, bis eine materielle Erfüllung derselben eingetreten.

Dieser Satz, daß durch die Temporalklagen nur für eine bestimmte Zeit eine rechtliche causa solvendi aufgestellt ist, tritt am deutlichsten bei den praetorischen Strafklagen hervor [38]). Eine obligatio auf Zahlung einer bestimmten Strafe kann nur

---

36) A. a. O. S. 76.

37) Der Recensent des Buches von Demelius in Schletters Jahrbüchern Band III. S. 99. — will unterschieden wissen, ob der klagbaren obl. eine naturalis zu Grunde liege oder nicht, und je nachdem die Wirkung der Verjährung eine verschiedene sein lassen. Das beruht auf dem schon oben S. 233. zurückgewiesenen Gedanken, als ob in der klagbaren obl. die naturalis schon als solche enthalten sei.

38) Vgl. Demelius a. a. O. S. 23 ff.

auf Grund einer positiven Bestimmung entstehen. Wenn nun der Praetor diese Bestimmung seiner Stellung gemäß durch Versprechen einer actio machte, und diese zugleich auf eine bestimmte Zeit beschränkte, so war damit eben nur für diese Zeit eine obligatio begründet, die beigefügte Zeitbestimmung war ein wahrer dies actionis und der Eintritt desselben hob die ganze obligatio auf. Unsere Quellen reden demgemäß auch von einem tempus quo obligatio erat [39]), von einem finire obligationem [40]) bei Eintritt dieses dies und diese, so wie ähnliche Ausdrücke [41]), welche allein freilich keinen vollen Beweis erbringen können für die vollständige Tilgung der ganzen obligatio im Gegensatz zu der Aufhebung allein der actio, erhalten unter diesem Gesichtspunkte ihre volle dem Wortlaut genau entsprechende Bedeutung [42]). Daß die causa solvendi auf die Strafe nach Eintritt des dies actionis nicht etwa noch naturaliter fortbestand, erhellt auch daraus, daß sehr häufig neben der temporalen Strafklage eine actio perpetua auf Schadensersatz oder auf die Bereicherung gegeben [43]), also gerade für die Zeit nach Eintritt des dies demselben Ereigniß eine andere rechtliche Bedeutung beigelegt war.

Auch bei anderen praetorischen Annalklagen tritt diese Bedeutung der Zeitbeschränkung für die actio hervor. So z. B. bei der actio de peculio annalis [44]). Die Haftung des dominus de peculio gründet sich auf die Existenz des peculii, dieses hört aber mit der manumissio auf, und somit fehlt es im Moment der Beendigung des dominii für den gewesenen dominus an einer causa solvendi, obligatio finitur. Da hat

---

39) L. 18. §. 1. D. de const. pec. (XIII, 5). Vgl. auch L. 1. §. 3. D. quando de pec. actio ann. (XV, 2).

40) L. 6. D. de O. et A. (XLIV, 7.)

41) Z. B. L. 45. D. de adm. et peric. tut. (XXVI, 7.)

42) Vgl. Dahn a. a. O. S. 23. — Demelius a. a. O. S. 52. — Bekker a. a. O. S. 428. — Auch die Stellen, welche von einer Aufhebung der actio reden, stehen natürlich dieser Annahme nicht entgegen, denn ist an sich actio und obligatio schon regelmäßig identisch, so gilt das hier, wo die obligatio ganz in der actio liegt, noch weit mehr.

43) Vgl. Bekker a. a. O. S. 425.

44) Vgl. Demelius a. a. O. S. 44. — Bekker a. a. O. S. 426.

nun der Praetor aus Billigkeitsgründen das peculium als fortbestehend, und somit die causa solvendi, die obligatio des gewesenen dominus, als noch dauernd angenommen, aber nicht in infinitum, sondern ebenso nur soweit es die Billigkeit erforderte, auf kurze Zeit, nach deren Ablauf dann wieder dasselbe eintritt, wie wenn der Praetor die durch die manumissio bewirkte Aufhebung der causa solvendi nicht gehindert hätte.

L. 1. §. 3. D. quando de pec. actio ann. est. (XV, 2.) Merito autem temporariam in hoc casu fecit praetor actionem, nam cum morte vel alienatione extinguitur peculium, sufficiebat usque ad annum produci obligationem. (Ulp. lib. 29. ad Ed.)

Denselben Charakter hat die Zeitbestimmung auch da, wo sie im Civilrecht vorkommt, bei der alten auctoritatis obl. und bei der querela inoff. testam. [45]) Die Gründe, auf welche sich in allen diesen Fällen die Einschränkung der actiones in bestimmte Zeitgrenzen stützt, brauchen hier nicht näher untersucht zu werden [46]), denn welche dieselben auch sein mögen, überall haben sie gleichmäßig dazu geführt, die causa solvendi nur für diese Zeit im Recht zur Anerkennung zu bringen.

Gegen diese Auffassung der alten Verjährung und zugleich dann für eine Beschränkung der Wirkung derselben kann man sich auch nicht darauf berufen, daß der Praetor häufig neben der actio temporaria eine exceptio perpetua giebt, z. B. actio und exceptio doli [47]), denn der Gegenstand der exceptio ist nicht nothwendig der der actio, die exc. ist ein Anderes als die actio, wo aber, wie z. B. bei den Bestimmungen des aedilitischen Edicts die exc. nur die andere Form des Anspruchs ist,

---

45) Vgl. Demelius a. a. O. S. 8. 30.

46) Vgl. Demelius a. a. O. S. 5 ff. 43. 51. 55. u. A.

47) L. 5. §. 6. D. de dol. m. exc. (XLIV, 4.) Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. Nam haec perpetuo competit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur. (Paul. lib. 71. ad Ed.) — Vgl. L. 5. 6. C. de excc. (VIII, 36.) — L. 1. pr. D. de calumn. (III, 6.)

da ist auch die exc. gleichmäßig wie die actio der Verjährung unterworfen [48]). Daß ferner aus der Zuständigkeit einer exceptio, wo sich diese nicht auf eine klagbare obl. stützt, auf die Existenz einer nat. obl. zu schließen sei, ist ein Satz, der bereits oben zurückgewiesen ist [49]). Daraus, daß man auf Grund einer obl. auch nach abgelaufener Verjährungszeit gegen eine andere actio noch eine exceptio erheben kann, folgt keineswegs, daß nach dieser Zeit noch die causa solvendi rechtlich besteht, denn wer excipirt, nimmt damit noch keine solutio in Anspruch.

Eben so wenig kann gegen diese Auffassung der Verjährung eingewandt werden, daß der Eintritt des dies nur eine exceptio erzeuge, denn das ist, auch wenn es für diese Frage überhaupt eine Bedeutung hätte, nicht einmal überall richtig [50]). Der Praetor versprach die formula nur z. B. intra annum, und wenn sich daher bei dem Ansuchen der Partei sofort herausstellte, daß die Frist abgelaufen, so wurde die actio denegirt. — Nur besondere Veranlassungen, wie z. B. Streit über den Anfang der Frist im einzelnen Fall oder über die experiundi potestas konnten zur Aufstellung einer eigentlichen exceptio führen. Uebrigens ist es auch völlig einerlei in Bezug auf die Wirkung der Verjährung, ob diese ipso jure oder per exceptionem eintrat, denn auch per exceptionem kann eine causa solvendi vollkommen aufgehoben werden, und wenn daher z. B. Donellus [51]) bei unserer Frage sich wesentlich auf diesen Gegensatz stützt, so ist das nicht zu rechtfertigen [52]).

Man braucht aber endlich bei der richtigen Ansicht von der Verjährung auch nicht, wie Demelius [53]), die Bedeutung der obligatio nach eingetretenem dies auf die Giltigkeit des

48) S. oben Seite 171. — Vgl. Brinz, Pand. S. 170 f.
49) S. oben Seite 172 a. E.
50) Vgl. Demelius a. a. O. S. 70.
51) Comment. XVI. c. 8. §. 21. 22. XXII. c. 2. §. 18.
52) Brinz, welcher in den krit. Bl. S. 14. Anm. 15. noch die Unterscheidung des Donellus für richtig erklärt, ist in den Pandekten §. 47. S. 165. davon abgegangen. B. stimmt in Bezug auf die Auffassung der Klagverjährung im Wesentlichen mit Demelius überein.
53) A. a. O. S. 66 ff.

constituti zu beschränken, und die Fortdauer aller übrigen Accessionen auszuschließen, denn da auch aus der Fortdauer der fidejussio und des pignus keineswegs folgt, daß über dieselben hinaus die obligatio als eine rechtsgiltige fortbesteht, so bleibt auch bei der Annahme dieser Folgen die causa solvendi nach Eintritt des dies ebenso aufgehoben, wie bei der Fortdauer der actio de const. pec.

Wenden wir uns nun aber zu der Theodosianischen Verjährung, und fragen wir, ob diese dieselbe Bedeutung habe, wie die alte. In der bei der allgemeinen Verjährung unzweifelhaft zulässigen ferneren Haftung des Pfandes kann, wie schon bemerkt, ein Grund für eine andere Auffassung dieser Verjährung nicht gesehen werden [54]), eben so wenig aber in dem etwas abweichenden Charakter, welchen die Theodosianische Verjährung im Gegensatz zu der alten hat.

Die Constitutionen des Theodosius und seiner Nachfolger stellen nicht allgemein für eine jede actio, wie früher der Praetor für einzelne wenige, einen dies auf, sondern sie bestimmen im Anschluß an die longi temporis praescriptio, daß die an sich noch immer als perpetua im wahren Sinn vorhandene actio durch Unthätigkeit des Berechtigten binnen 30 Jahren aufgehoben sein soll. Durch interruptio, einem Institut, welches der alten temporalen Verjährung völlig fremd ist, kann also die actio auch jetzt noch der Einwirkung der Zeit entzogen werden [55]). Wenn man aber, wie auch Demelius thut [56]), zugesteht, daß durch diese Auffassung der Verjährung auch die alte modificirt sei, daß im Justinianischen Recht auch die Temporalklagen insofern perpetuirt seien, als durch interruptio der Eintritt des dies unschädlich gemacht werden könne [57]), so muß man, da für diese Klagen die oben bezeichnete Wirkung der Verjährung nicht aufgehoben oder abgeändert ist, behaupten, daß auch die neue Anschauung von der Verjährung der Herbeiführung des erwähnten Resultats nicht im Wege

54) Vgl. Büchel a. a. O. S. 50. — Bekker a. a. O. S. 421.
55) Vgl. Demelius a. a. O. S. 88 f.
56) A. a. O. S. 104.
57) Demelius a. a. O. S. 105.

steht. Demelius 58) will freilich die Aufnahme der L. 18. §. 1. D. de const. pec. (XIII, 5.) in die Pandekten für einen Fehlgriff der Compilatoren erklären, allein eine solche Annahme ist doch mehr als bedenklich, wenn die aufgenommene Stelle, wie hier, mit den sonst auf dasselbe Institut bezüglichen Entscheidungen in vollem Einklange steht.

Indessen könnte es scheinen, als ob für die allgemeine Klagenverjährung das Recht der alten darum nicht gelten könne, weil bei jener nicht wie bei dieser die Begründung der actio erst die causa solvendi geschaffen hat, und mithin auch nicht der Endpunkt der actio nothwendig Aufhebung der causa solvendi sein könne 59). Daß die mit actiones perpetuae versehenen Obligationen in perpetuum als rechtsgiltige causae solvendi anzusehen sind, zeigt schon der Umstand, daß derartige Obligationen, wenn sie aus irgend welchem Grunde von vornherein der actio entbehren, selbst nach 30 Jahren noch rechtsgiltig sind, also z. B., wenn sonst kein Hinderniß entgegensteht, durch Compensation können realisirt werden 60). Daraus könnte man nun zu folgern geneigt sein, daß bei solchem von der actio unabhängigen Bestand der causa solvendi die Versäumniß des Gläubigers in Bezug auf sein Recht eben nur dieses aufhebe, die obligatio dagegen, soweit sie ohne Recht Bestand haben könne, unberührt lasse. Allein bei dieser Auffassung bleibt es völlig unerklärt, daß die Constitutionen dieser anderen Wirkung der neuen Verjährung mit keiner Silbe erwähnen, noch dazu da sie durch unmittelbare Zusammenstellung derselben mit der alten, unter ausdrücklicher Bestätigung dieser letzten in ihrem robur, d. h. in ihrer Wirkung auf die obligatio, die Annahme rechtfertigen, daß diese neue Verjährung gerade die Wirkungen der alten haben solle 61). Und ist es ferner wohl bei der Verbosität der Constitutionen aus dieser

---

58) A. a. O. S. 107.

59) S. oben S. 226.

60) So die zwischen pater und filius begründete obl. nach Aufhebung der pat. pot., und ebenso die Darlehnsobl. des filiusfam., nachdem dieser pater geworden. — s. oben S. 313. 361.

61) S. oben S. 456. — Vgl. Bekker a. a. O. S. 435.

Zeit wahrscheinlich, daß die Kaiser es unterlassen hätten, den Gläubiger z. B. auf die Möglichkeit einer Compensation zu verweisen, wenn sie diese wirklich für zulässig gehalten hätten?

Gehen wir aber auch von einer solchen an sich perpetuo bestehenden causa solvendi aus, so ist zu beachten, wie auch bei den Temporalklagen die Anschauung, daß die causa solvendi erst durch die actio begründet sei, und daher mit dieser stehe und falle, im späteren Recht wohl längst verwischt war, und dennoch die Kaiser und die Compilatoren die auf jenen Grundgedanken basirte Wirkung der alten Verjährung unverändert haben stehen lassen. Ferner läßt sich auch das Gesetz über die allgemeine Klagenverjährung sehr wohl so auffassen, daß durch Ablauf von 30 Jahren, wenn während derselben der Gläubiger völlig unthätig bleibe, die ganze obligatio so völlig aufgehoben sein solle, daß für den Schuldner eine causa solvendi aus derselben nicht mehr existire. Der auch über die 30 Jahre hinausreichende Fortbestand der von vornherein klaglosen oder aus anderen Gründen klaglos gewordenen Obligationen fände dann seine Erklärung darin, daß man demjenigen, welchem ohne actio geschuldet wird, seine Unthätigkeit nicht vorwerfen kann, mithin eine Bedingung des Eintritts der Verjährung bei diesen Obligationen fehlt.

Und in der That stimmt diese Auffassung mit den verschiedenen, allerdings nicht praecis gefaßten Gründen, welche die Kaiser für Einführung der allgemeinen Verjährung angeben, so wie mit den von ihnen bezeichneten Folgen, welche dieses Institut haben werde, durchaus überein [62]), während bei der Annahme des Fortbestandes einer vollgiltigen nat. obl. alle diese Andeutungen nur in sehr beschränkter Weise richtig sein würden. Ferner können wir unter dieser Voraussetzung die Ent-

---

62) Vgl. Nov. Valent. tit. XXVI, de XXX ann. praescr. omnib. causis oppon. — §. 3. Lex Theodosii — humano generi profunda quiete prospexit. — §. 8. ut post XXX annos perniciosa omnium causarum propositio conquiescat. — L. 9. C. de praescr. XXX ann. (VII, 39.) — jure suo lapsi — suas fortunas ad alios translatas videntes (Justinian.) u. andere bei Büchel, Dahn und Demelius angeführten Stellen.

scheidungen der Pandekten, welche zuweilen ganz allgemein von dem tempore liberari des debitor reden, ohne zugleich eine bestimmte Temporalklage anzugeben, der nächstliegenden Auffassung gemäß, ganz allgemein auf jede Verjährung beziehen, und brauchen nicht, entgegen der von den Kaisern selbst gemachten engen Zusammenstellung der alten und der neuen Verjährung, dieselben für jene als richtig, für diese als falsch zu erklären.

Wir kommen daher auch für die Theodosianische und somit für jede im Röm. Recht sich findende Klagverjährung zu demselben Resultat, welches sich schon für die Verjährung der Temporalklagen ergab: die Verjährung hebt das debitum auf, so daß dasselbe von nun an zu einer jeden rechtlichen Bethätigung unfähig ist; da aber in der Verjährung keine solutio der rechtlich begründeten causa solvendi liegt, so bleiben die für dieselbe während des Bestandes des debiti begründeten Accessionen auch nach Eintritt der Verjährung giltig, so lange bis auch sie für sich selbst der Verjährung verfallen: Remanet post actionem tempore sublatam nat. obligatio propter pignus, propter fidejussionem, propter constitutum 63).

Der Streit, ob die Verjährung eine nat. obl. zurücklasse oder nicht, sollte daher wenigstens in dieser Form, überall nicht mehr erhoben werden. Man kann sich mit demselben Recht sowohl für als auch gegen die nat. obl. entscheiden, wenn man nur von dem richtigen Begriff derselben ausgeht, und nicht vergißt, daß mit der Annahme einer n. o. noch nicht alle denkbaren Manifestationen derselben zugelassen sind. Der Kern der Frage ist aber mit jener Entscheidung noch gar nicht getroffen.

Endlich ist hier auch im Anschluß an den vorigen §. 64) noch des Falles zu gedenken, daß die Verjährung, welche nach dem neuern Recht immer erst durch exceptio gegen die actio geltend gemacht werden muß, zu einer absolutio des debitor führt. Die Wirkung der absolutio kann keine andere sein, wie die der Verjährung, und daher müssen in diesem Falle trotz der absolutio Pfänder und Bürgen verhaftet bleiben. Ist die Verjährung aber fälschlich vorgeschützt und der verus debitor vom

---

63) Vgl. Bekker a. a. O. S. 436.

64) S. oben S. 451.

judex per injuriam absolvirt, so muß, wenn die absolutio nur auf die Verjährung sich stützt, für die Accessionen dasselbe gelten. Außerdem aber tritt dann hier noch die Wirkung der male facta absolutio ein, der absolutus kann das errore Gezahlte nicht condiciren, denn da die actio in Wahrheit nicht verjährt war, so haben wir einen verus debitor male absolutus.

§. 23.

Die exceptio perpetua soll aber auch ferner die obligatio als naturalis zu der Folge der soluti retentio bestehen lassen, wenn die Aufhebung der actio: »poenae causa ejus cui debetur« geschehen ist. Diese von Pomponius in der bereits oben erwähnten Stelle [1]) aufgestellte Regel mußte sich fast von selbst ergeben, nachdem man einmal die actio von der obligatio unterschieden, und letzterer auch ohne actio die Möglichkeit einer selbständigen Existenz eingeräumt hatte, denn in der zur Strafe für den Gläubiger verhängten Aufhebung der actio war, vorausgesetzt, daß die Strafe wirklich nur auf die actio sich erstreckte, eine Tilgung der causa solvendi nicht enthalten.

An welche einzelnen Fälle Pomponius bei Aufstellung seiner Regel, die, wenigstens wie sie uns vorliegt, ganz allgemein gefaßt ist, gedacht hat, ist nicht erkennbar. Sie paßt, trotz der dagegen erhobenen Einwendung [2]), auf das SCtum Macedonianum, sie paßt aber auch auf das ebenfalls schon dem Pomponius bekannte [3]) Edict: quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur [4]).

---

1) S. oben S. 349.

2) v. d. Pfordten a. a. O. S. 39. Auch von dem mutuum contra SCtum Mac., welches von Anfang an klaglos ist, heißt es: manet n. o.

3) Vgl. L. 3. §. 1. D. quod quisque juris. (II, 2.)

4) L. 1. §. 1. D. h. t. (II, 2). Qui magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit, ipse quandoque adversario postulante eodem jure uti debet. Si quis apud eum qui magistra-

die obligatio als naturalis fortbesteht, und in welchem Umfange. Die betreffenden Gesetze selbst geben für die Beantwortung dieser Frage keine sichere Entscheidung, wie denn ja überhaupt nirgends in einem Gesetz der Bestand resp. Nichtbestand einer nat. obl. einen Ausdruck gefunden hat; nach einer von der Röm. Jurisprudenz ausgehenden Entwickelung dieser Gesetze in dieser Beziehung suchen wir in unseren Quellen vergebens, und es bleibt uns kein anderer Anhaltspunkt, als die auch noch in das Justinianische Recht aufgenommene Regel des Pomponius. Die Anwendung derselben ist aber nur dann statthaft, wenn das Gesetz, welches dem Gläubiger zur Strafe die actio abspricht, nicht noch zugleich weitergehende Bestimmungen enthält, welche auch die obligatio aufheben oder afficiren.

Betrachten wir unter diesem Gesichtspunkte die einzelnen Fälle.

Die älteste derartige Bestimmung ist die des Decretum D. Marci, nach welchem der Gläubiger, der zur Realisation seiner Forderung eigenmächtig, sine judice vorgeht: jus crediti non habebit [14]). Der Schuldner gewinnt gegen die actio eine exceptio perpetua [15]), und diese muß auch wohl den Intercedenten wenigstens da zugestanden werden, wo diese gegen den Schuldner regreßberechtigt sind. Im Uebrigen scheint der Annahme einer n. o. in dem gewöhnlichen Umfange Nichts entgegen zu stehen, auch nicht der Verwendung derselben zur Compensation, da diese ohne ein jus crediti möglich ist [16]).

Band I. S. 508 ff. — v. d. Pfordten a. a. O. §. 9. S. 38 ff. und die oben S. 396. Anm. 4. bereits angeführte Recension von Schneider.

14) L. 13. D. quod metus causa (IV, 2.) — L. 7. D. ad Leg. Jul. de vi priv. (XLVIII, 7.) — Vgl. Linde, in d. Ztschr. f. Civilr. u. Proc. Band I. Nr. 21. — Benfey, im Rhein. Mus. f. Jurisprud. Band VII. Nr. I. — Sartorius, in d. Ztschr. f. Civilr. u. Proc. Band XX. Nr. I.

15) Vgl. Sartorius a. a. O. S. 46 f.

16) Die Einwendungen gegen die Annahme einer n. o. beruhen meist darauf, daß hier nicht die actio, sondern das jus, das ganze Recht abgesprochen sei, — so z. B. v. Vangerow, Lehrb. I, 1. S. 211. — Wir müssen dieses Argument natürlich ablehnen. — Wie unzulänglich ein Unterscheiden zwischen jus und actio ist, ergiebt

Ulpian erwähnt einer »Constitutio Imperatoris nostri«, wonach derjenige, welcher — auch in einem Civilproceß — dem Richter oder Gegner: pecuniam dat, den Proceß verlieren solle: ex hac causa litem perire jussit [17]). Hier ist, falls der Gläubiger diese Bestechung vorgenommen, mit der Abweisung seine actio definitiv aufgehoben, ebenso wie bei dem oben besprochenen causa cadere. Der Ausdruck deutet aber schon darauf hin, daß es sich hiebei nicht um die ganze obligatio, sondern nur um die processualische Durchführung derselben, die lis, handelt, und es ist höchst wahrscheinlich, daß hier ganz eben so, wie bei den Fällen des causa cadere die obl. als naturalis, und zwar in eben dem Umfange wie dort, bestehen bleibt [18]).

Eine Constitution der Kaiser Arcadius und Honorius bestimmt, daß wenn Jemand: suam causam — civilem — in vetito vocavit examine, aut executionem poposcit militarem, actor quidem propositi negotii actione multetur, reus vero pro condemnato habeatur [19]). Auch hier ist dem Gläubiger zur Strafe nur die actio genommen, dem Schuldner also gegen eine Geltendmachung des Forderungsrechts eine exceptio perpetua gewährt. Hat der debitor das vetitum examen veranlaßt, so soll er für condemnatus gelten. Daraus scheint hervorzugehen, daß dieses examen, obgleich an sich ungiltig, doch zur Strafe für den Beantragenden wie ein giltiges, aber immer zum Nachtheil des Letzteren, soll angesehen werden. Dem pro condemnato geltenden Schuldner gegenüber muß dann aber der Berechtigte für abgewiesen gelten, und zwar aus dem Grunde, weil eine Schuld überall nicht existire. Gilt danach

---

sich in diesem Falle auch noch daraus, daß die an das decr. D. Marci anknüpfenden Novellen: Nov. 52. cap. 1. 60. cap. 1. 137. cap. 7. nur von einem exactionem amittere, actione cadere, und dann wieder von einem debito excidere reden. — Vgl. auch L. 4. Th. C. unde vi. (IV, 22.) — Cadat igitur lite, quisquis operiri noluerit litis eventum, et quod recipere lege potuisset, contemtor examinis violentus amittat. (Val. Theod. et Arcad.)

17) L. 1. §. 3. D. de calumn. (III, 6.)

18) S. oben S. 441. Anm. 59. Die übrigen Fälle des causa cadere sind nicht poenae nomine eingeführt. — vgl. Keller, L. C. S. 506.

19) L. 5. C. de jurisd. omn. jud. et de foro comp. (III, 13.)

der debitor für recte absolutus, so kann von dem Fortbestand der obligatio als einer naturalis keine Rede sein. Wollte man die so anzunehmende absolutio nur auf die Klagbarkeit der obl. beziehen, so wäre die Strafe in diesem Fall für den debitor härter, wie für den creditor, was doch den Intentionen der Kaiser nicht zu entsprechen scheint.

Dieselben Kaiser und Theodosius bedrohen den Gläubiger, welcher seine Forderung an einen potentior cedirt, mit debiti jactura.

L. 2. C. ne lic. potent. (II, 14.) Si cujuscunque modi actiones ad potentiores fuerint delatae personas, debiti creditores jactura multentur. Aperta enim credentium videtur esse voracitas, qui alios actionum suarum redimunt exactores. (Arcad. Honor. et Theodos.)

Ueber die Bedeutung dieser Verordnung ist gestritten, die richtige Ansicht dürfte aber doch wohl die wiederum von Vangerow [20]) vertheidigte sein, daß nämlich die chikanöse Cession an einen potentior nichtig ist, und der Cedent zur Strafe sein Forderungsrecht verliert. Der Schuldner wird liberirt, er erhält eine exceptio perpetua gegen die actio [21]), ob er aber nicht naturaliter obligirt bleibt, ist nicht gesagt. Aus den Worten: debiti jactura ist hiefür Nichts zu entnehmen, da debitum eben so gut nur civiliter, als auch zugleich naturaliter debitum bedeuten kann. Allein wenn man bedenkt, daß das ganze Gesetz sich auf die klageweise Durchführung der obligatio bezieht [22]), so erscheint es als am Nächsten liegend, das debitum von dem civiliter debitum zu verstehen, zumal außerdem der Anwendung der L. 19. cit. auf diesen Fall Nichts im Wege steht. Der Gläubiger, welcher auf ungehörige Weise sein Forderungsrecht zu realisiren sucht, soll eben dieses zur Strafe verlieren, die obl. selbst bleibt daneben in ihrem vollen Umfange bestehen.

---

20) Pand. Band III. S. 110 ff., wo auch die anderen Auslegungen angeführt und zurückgewiesen sind.

21) Gegen die von Mühlenbruch (Cession S. 377.) und Anderen vertheidigte Behauptung, daß die Forderung an den Fiscus komme, s. v. Vangerow a. a. O.

22) Vgl. auch L. 1. C. eod.

Die Kaiser Anastasius und Justinianus bestimmen[23]), daß der Cessionar die von ihm ganz oder zum Theil durch Kauf erworbene actio nur bis zum Belauf der von ihm wirklich gezahlten Valuta soll geltend machen können. Gegen eine Mehrforderung ist der debitor cessus durch eine exceptio perpetua geschützt, der Cedent kann überhaupt nicht klagen, da er seine ganze Forderung cedirt hat, und der debitor ist daher von diesem Mehrbetrag definitiv befreiet. Bleibt er aber naturaliter obligirt? Justinian drückt sich über den Verlust des Forderungsrechts folgendermaßen aus:

> ut nihil amplius accipiat, quam ipse vero contractu re ipsa persolvit, sed omne quod superfluum est, et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus, et neque ei, qui cessit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere, vel aliquem contra debitores vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem [24]).

Der Kaiser begnügt sich nicht damit, dem Cessionar und Cedenten die actio zu versagen, woraus sich dann von selbst die Befreiung des debitor ergeben würde, sondern er hebt noch ausdrücklich hervor, diese genannten Personen sollen auch keinerlei Gewinn über den Betrag der gezahlten Valuta hinaus haben. Damit muß denn wohl ein Mehreres gemeint sein, und jedenfalls ist daraus die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen, der Obligation über jenen Betrag hinaus jede rechtliche Bedeutung zu nehmen [25]). Die Annahme des Fortbestandes der obl. als einer naturalis wäre also damit unvereinbar. Eine Bestätigung findet diese Auffassung vielleicht auch noch in den Schlußworten, denn wenn dem Gläubiger auch keine Klage auf dem debitor gehörige Sachen mehr gestattet sein soll, so bezieht sich das möglicher Weise auf für die Forderung gegebene Pfänder, wegen deren, wenn die obl. als na-

---

23) L. 22. 23. C. mandati (IV, 35). — Vgl. über diese Gesetze: v. Vangerow a. a. O. Band III. S. 125 ff.

24) L. 23. §. 1. C. mand. (IV, 25.)

25) Vgl. Schneider a. a. O. S. 657.

turalis Bestand behielte, die actio dem Gläubiger noch zustehen müßte.

Ferner bestimmt Justinian, daß wenn ein Gläubiger die Tutel oder Curatel über den Schuldner annimmt, ohne seine Forderung angemeldet und damit seine Bestellung zum tutor abgewandt zu haben [26]), omni actione adversus minorem se casurum sciat [27]). Weiset dabei der Ausdruck schon auf einen Fortbestand der obl. als naturalis hin, so steht auch sonst Nichts entgegen, die Regel der L. 19. cit. hier anzuwenden [28]), soweit die Stellung des tutor oder curator es gestattet. Durch diese wird dann freilich im Wesentlichen die Bedeutung der obl. auf die Zeit nach Beendigung der tutela oder cura hinausgeschoben [29]), namentlich kann es dem Tutor resp. Curator nicht zustehen, sich selbst bezahlt zu machen, oder den pupillus unter seiner auctoritas die Zahlung vornehmen zu lassen, und eine Anwendung dieses debiti zur Compensation ist natürlich während der Dauer der Tutela resp. Cura ebenso ausgeschlossen.

In unmittelbarem Anschluß an diese Bestimmung verordnet Justinian ferner, daß Forderungen gegen einen minor nicht sollen an den Curator cedirt werden dürfen [30]), und zwar bezieht sich dieses Verbot nicht nur auf die Cessionen während der Dauer der cura, sondern auch auf später vorgenommene, damit nicht schon von dem Curator im Hinblick auf solche später vorzunehmende Cessionen der Curande doloser Weise benachtheiligt werde. Ferner ist das Verbot ausdrücklich auf jede Art von Curatoren erstreckt.

Ueber eine entgegen dieser Bestimmung dennoch geschehene Cession verfügt der Kaiser in folgender Weise:

— — tunc irritum esse volumus, quod factum est,

---

26) Nov. 72. c. 2.

27) Nov. 72. c. 4.

28) Vgl. auch Weber a. a. O. §. 94. — v. Vangerow a. a. O. I, 2. S. 579.

29) Vgl. Nov. 72. c. 2.

30) Nov. 72. c. 5. — Vgl. Mühlenbruch, Cession §. 32. S. 389 ff. — Schneider a. a. O. S. 657. — v. Vangerow a. a. O. III. S. 110.

et ut nullam actionem contra eum, qui antea in cura fuit, cessam obtinere possit, sed pro non facto habeatur, et lucrum sit minoris, licet cessio ex veris causis facta sit: non ut rursus ad cedentem redeat, quasi nihil interim contra legem factum esse videatur, sed ut iis excidat quae legem nostram violando exinde acquisivit, atque illa minor lucretur [31]).

Eine solche Cession hat dem Kaiser offenbar gefährlicher geschienen, wie das Verschweigen der eigenen Forderung Seitens des tutor, und darum spricht er sich nicht nur ausführlicher darüber aus, sondern begnügt sich auch nicht mit dem Absprechen der actio, hebt vielmehr ausdrücklich hervor, daß der minor von diesem Verbot den Vortheil haben soll. Wenn nun auch Justinian diese Verfügung als eine Strafbestimmung bezeichnet und damit uns auf die Regel des Pomponius hinweist, so dürfte es doch der Absicht des Gesetzgebers entsprechender sein, wenn wir den Untergang der ganzen obligatio in Folge der dem Schuldner zustehenden exceptio perpetua annehmen. Die Cession selbst soll dem Schuldner gegenüber vollkommen ungiltig sein, für den Cessionar existirt also überhaupt die obligatio nicht, da dieses Resultat nur durch die giltige Cession eintreten könnte, der Cedent soll dagegen sich nicht auf diese Nichtigkeit der Cession berufen können, so daß die obligatio also unberührt so stehen bliebe, als wäre überall keine Cession erfolgt, vielmehr soll die actio nicht an den Cedenten zurückkommen, die Cession soll ihm gegenüber aufrecht erhalten werden. Hat nun der Cedent durch die Cession das Forderungsrecht so völlig weggegeben, daß von einem Zurückbleiben der obl. als naturalis für ihn keine Rede sein kann, so besteht die obl. weder für den Cedenten, noch für den Cessionar, und es entspricht völlig dem Sachverhalt, wenn Justinian sagt, daß der minor den Vortheil habe von dieser Bestimmung.

Wir können daher den vorliegenden Fall, weil darin die Poenalbestimmung weiter reicht, als auf den Verlust der actio, nicht unter die Regel der L. 19. cit. bringen [32]).

---

31) Nach der Homberg'schen Uebersetzung.

32) Es gilt dagegen hier L. 54. D. de cond. ind. (XII, 6.) Ex his

Endlich ist hier auch noch der Bestimmung Justinians zu gedenken wonach derjenige, welcher einem Ackerbauer ein Darlehn gegeben hat, falls er dafür sich des Grundstückes des Schuldners bemächtigt, oder wucherische Zinsen nimmt, seine Forderung verlieren soll[33]. Die in dem Epilogus der citirten Novelle enthaltene Strafbestimmung lautet folgender Maßen:

> — — creditor sciat, si contra haec quid agere ausus fuerit, exactionem se amissurum esse, quique accepit et deinde injuriam passus est, hoc solatium habiturum esse, ut ipse quidem liberetur a negotio, creditorem vero rerum suarum jacturam facere videat[34].

Das exactionem amittere scheint recht eigentlich nur auf die actio im Gegensatz zu der obligatio zu deuten, allein die weiteren Bemerkungen dürften doch wohl der Annahme einer fortdauernden nat. obl. entgegenstehen. Der Schuldner soll zum Trost für das erlittene Unrecht von dem negotium liberirt sein, der Gläubiger aber seine Sachen verlieren. Daraus scheint sich am Leichtesten eine vollständige Aufhebung der obligatio zu ergeben.

In allen diesen Fällen wird aber die Entscheidung unserer Frage immer eine unsichere bleiben. Wir haben dabei die von den Römern selbst, wenigstens soweit uns bekannt, nicht gemachte wissenschaftliche Ausführung zu geben, ohne mit den betreffenden Verhältnissen so genau bekannt zu sein, wie es erforderlich wäre, um zu einem festen Resultat zu gelangen. Beruht nun schon bei den Römischen Juristen die Annahme resp. Nichtannahme der Fortdauer der obligatio als einer

---

omnibus causis, quae jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus est. (Pap. lib. 2. Quaest.)

33) Nov. 32. und 34.

34) Die nov. 34. in epilog. sagt: exactione cadent, et cui foenus ablatum est, hoc habebit solatium, ut ipse quidem securus degat, avarum autem creditorem videat in suis pecuniis patientem jacturam.

naturalis in ähnlichen Fällen nicht auf einer streng logischen Deduction; sondern auf einem putare des Julianus oder anderer Auctoritäten, und zeigt sich darin schon die Möglichkeit einer verschiedenen Auffassung, so muß eine solche auch in den erwähnten Fällen zugestanden werden.

Schluß.

§. 24.

Das Resultat dieser Darstellung ist also, um es schließlich kurz zusammenzustellen, daß die in den drei Abschnitten besprochenen nat. obligationes oder nat. debita allerdings, wie die gleiche Benennung zeigt, in einem Zusammenhange stehen, daß dieser aber nicht in der gleichen Begründung ex jure naturali oder gentium zu suchen ist. Darum ist es unrichtig, wenn die Theorie sämmtliche Obligationen ihrem Ursprung nach in obll. civiles und naturales eintheilt, und bei letzteren wieder zwischen klagbaren und klaglosen Obligationen unterscheidet, denn wenn auch die Römischen Juristen die Obligationen zum großen Theil auf das jus gentium zurückführen und diese obll. wegen der Bezeichnung des jus gentium als jus naturale auch obll. natt. genannt werden könnten, so ist doch das in den Quellen nicht geschehen, vielmehr wird die Benennung naturalis einer klagbaren obl. zu dem Zweck gegeben, um die reale, factische Grundlage derselben hervorzuheben.

Dagegen stehen die im zweiten Abschnitt genannten nat. debita ohne obligatorische causa allerdings mit einem jus naturale im Zusammenhang und haben daher ihren Namen. Jus naturale ist aber durchaus kein fest begründetes Recht, sondern nur die naturalis ratio, welche erst durch die Theorie zu einem s. g. jus nat. gemacht und dem positiven Recht gegenüber gestellt ist. Es sind nicht bestimmte Sätze eines solchen jus naturale, welche neben dem positiven Recht sich Geltung verschafft

haben, sondern dieses letztere hat an einzelnen Punkten, namentlich in der Bestimmung des Gegensatzes zwischen debitum und non debitum bei der condictio indebiti auf diese nat. ratio, die zugleich auch die aequitas vertritt, Rücksicht genommen, und zwar mehr als in anderen Fällen, so daß Verhältnisse, die nach den Regeln des Rechts im Allgemeinen ein debitum nicht begründeten, doch nach gewissen Seiten hin als solches erschienen.

Die eigentlichen naturales tantum obligationes haben dagegen mit diesem jus naturale. jus gentium, aequum et bonum u. s. w. wiederum Nichts zu thun, sie sind Obligationen als Producte des positivrechtlichen Obligationsacts, mag dieser seinem Inhalt nach, gemäß der gewöhnlich gemachten Eintheilung, dem jus civile oder dem jus gentium zuzurechnen sein. Sie entbehren der actio, und damit überhaupt jeder unmittelbaren Rechtswirkung, weil, wenn auch die Bedingungen für die Begründung resp. für die Fortdauer eines obligatorischen Verhältnisses, doch nicht zugleich die weitergehenden für die Begründung resp. den Fortbestand der actio vorhanden sind. Sie haben eine rechtliche Bedeutung als Basis für diejenigen Rechtsacte, welche auf Grund einer rechtsgiltigen Obligation vorkommen können. In welchem Umfange dieses aber möglich, hängt in jedem einzelnen Falle davon ab, ob und wie weit das der actio entgegenstehende Hinderniß seinem Inhalt nach eine solche Bethätigung der obligatio gestattet. Die Naturalobligationen sind das Product der Auseinanderfaltung des Begriffs von obligatio in die causa solvendi und die actio und die Anwendung dieser Zerlegung auf die Fälle, wo keine actio entstehen oder fortbestehen kann. Sie könnten dem jus naturale nur in dem Sinne zugezählt werden, als es allerdings juris naturalis sein würde, die obligatio nicht unter allen Umständen in der actio völlig aufgehen zu lassen. Allein diese Hinweisung auf die jus naturale finden wir im Röm. Recht bei Gelegenheit der Naturalobligationen nirgends gemacht.

Bei dieser Recapitulation der Ergebnisse der vorstehenden Untersuchungen haben wir dann endlich auch noch Gelegenheit, der neuesten Arbeit über die Naturalobligationen von Bekker [1]),

---

1) S. oben Seite 341. Anm. 1. a. E.

welche uns erst während des Druckes dieses Buches zukam, und daher nicht den ihr gebührenden Platz in der Einleitung finden konnte, mit einigen Worten zu gedenken.

Wir thun das um so lieber, als die von Bekker gefundenen Resultate in sehr wesentlichen Punkten mit den unsrigen übereinstimmen.

Bekker stellt sich, wie Brinz, in Opposition zu der herrschenden Lehre, und faßt das Ergebniß seiner Untersuchungen in folgende vier Sätze zusammen:

1) Nicht jedes Rechtsverhältniß, auf das wir in den Quellen den Ausdruck naturalis obligatio angewandt finden, steht mit dem jus naturale oder dem j. gentium im Zusammenhang.

2) Die positiven Wirkungen, welche die naturalis obligatio mit der obl. civilis gemein hat, beruhen auch bei der nat. obl. nicht auf einer Anerkennung seitens des jus naturale (j. gentium), sondern auf der des jus civile.

3) Es ist unzulässig, bei der Mehrzahl der klagbaren Obligationen eine Zerlegung derselben in je zwei Elemente, ein civiles und ein naturales, vorzunehmen, und die Gesammtheit der Wirkungen der Obligationen zum einen Theil aus jenem Element, zum anderen aus diesem herzuleiten.

4) Nicht allen mit dem Namen naturalis obligatio zu belegenden Verhältnissen kommt gleiche Wirksamkeit zu.

Unsere vorausgehende Darstellung zeigt, daß wir mit diesen vier Sätzen im Allgemeinen einverstanden sind, allein Bekker verbindet mit denselben zum Theil einen anderen Sinn, als in welchem wir dieselben für richtig halten können. Denn während wir den Zusammenhang der nat. debita mit dem jus naturale auf die Fälle des zweiten Abschnittes beschränken, findet Bekker diesen Zusammenhang auch bei den Obligationen der servi, des filiusfam. cum patre und den Verpflichtungen des pupillus. Diese Obligationen seien, im Gegensatz zu der obl. ex mutuo contra SCtum Maced. und der obl. aus L. 3. §. 6. D. quod quisque jur. (II, 2.) niemals klagbar gewesen, bei ihnen, namentlich den Sclavenobligationen habe der Verkehr selbst die Zahlbarkeit und dann ferner die Möglichkeit der übrigen Bethätigungen der obl. angenommen, nicht aber die actio, weil man damit „gröblich gegen die Regeln des jus civile"

würde verstoßen haben. So wäre dann Etwas, was an sich rechtlich nicht Obligation war, dadurch daß „die Organe der Rechtspflege und Rechtsentwicklung dem (Verkehr) schrittweis folgten", allmälig zu einer rechtlichen Obligation geworden.

Wir können dem nicht beistimmen. Die servi haben nicht nur eine „thatsächliche Obligationsfähigkeit", die dann von den Römern mit dem jus naturale in Verbindung gebracht wäre, sondern die Obligationen der servi waren eben so gut rechtlich Obligationen wie die der Freien. So lange man freilich obligatio und actio identificirte, in der Obligation nur den Begründungsact für die actio und das civile debitum sah, war die obl. des servus für ihn ungiltig, sobald man aber den Obligationsbegriff entwickelte und demselben eine von der actio unabhängige Existenz zuerkannte, trat die obl. des servus unmittelbar in der Gestalt hervor, welche wir im Röm. Recht finden. Eben so und noch mehr gilt dieses von den Obligationen zwischen zweien durch pat. pot. verbundenen Personen. Auch die obl. pupilli mit ihrer besonderen Gestaltung ist nicht „die natürliche Consequenz des naturalen Satzes", daß der Unmündige durch seine Handlungen sich nicht solle schaden können, sondern eine Folge davon, daß man bei der Annahme einer giltigen Obligation des impubes den Mangel der auctoritas tutoris nur eben so weit für wirksam erklärte, als der Zweck der Einführung dieser auctoritas es erforderte.

Wenn wir also ebenso wie Bekker sagen, daß nicht jedes Rechtsverhältniß, was nat. obl. heißt, mit dem jus naturale zusammenhängt, so können wir dabei nur an die debita ohne obligatorische causa denken. Bekker will diese Unterscheidung zwischen nat. debita und obll. nicht gelten lassen, er meint, sie verspreche wenig Segen. Allerdings muß sie ihm, da er das nat. debitum ex pacto (mit Ausnahme des „singulären" Zinspactes) leugnet, unwichtig erscheinen, aber immer ist es doch ein Gewinn, durch solche Unterscheidung die rechtsgiltige obligatorische causa als Basis für die nat. obl. zu erhalten. Letztere tritt denn auch bei Bekker nicht klar genug hervor, und darum sucht er für die niemals klaglosen Obligationen nach einer anderweiten Begründung.

Mit dem zweiten und dritten Satz sind wir völlig einver-

standen, nur möchten wir nicht, wie Bekker thut, der n. o. die indirecte Klagbarkeit als eine Wirkung zusprechen. Die nat. obl. als solche hat genau genommen keine Rechtswirkung und kann gerade deßhalb auch bei Personen vorkommen, die rechtsunfähig sind[2]; die actio und ihr gegenüber das civile debitum ist die einzige Rechtswirkung der obligatio, und wenn auch in Folge einer fidejussio u. s. w. das nat. debitum dem Effect nach indirect klagbar wird, so setzt diese Klagbarkeit doch immer einen durch die n. o. nicht bewirkten Rechtsact voraus. Die fidejussio u. s. w. ist nur eine Bethätigung wie der civilen so auch der naturalen obl.

Zu dem vierten Satz haben wir Nichts hinzuzufügen, die ganze vorstehende Darstellung bildet eine fortlaufende Illustration desselben.

---

2) Wir haben in unserer Darstellung auch wiederholt der Kürze halber von einer Wirkung der n. o. gesprochen, allein immer nur in dem nach den übrigen Ausführungen damit zu verbindenden Sinn.

3. Codex

4. Novellae.

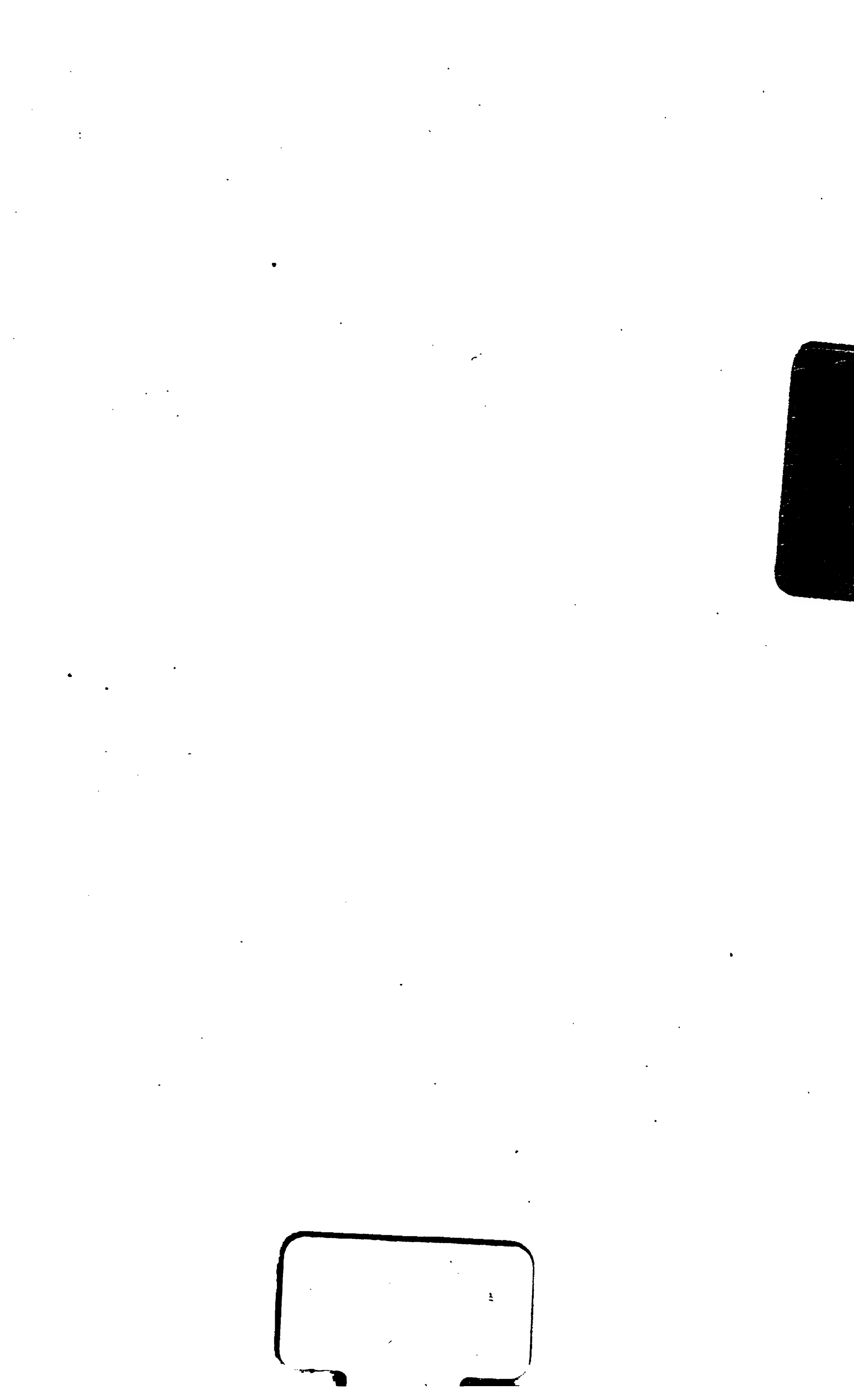
Theophil. paraphr. Inst.

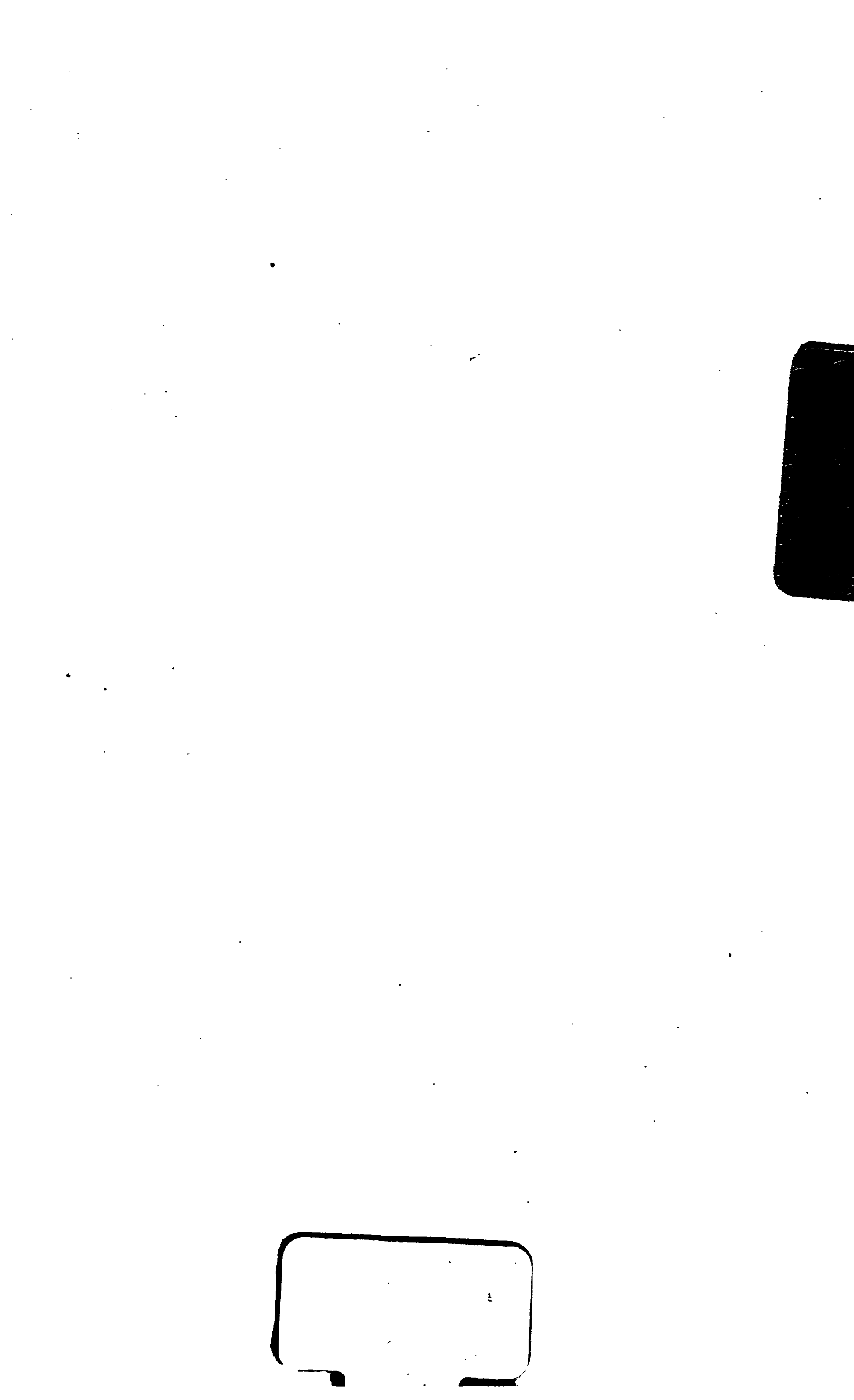
Ex. G. M.

Druckfehler.

S. 5. Z. 14. v. u. lies statt: hinausweiche: hinausreiche.
S. 43. Z. 7. v. u. ist das Wort: ist zu streichen.
S. 64. Z. 12. v. u. lies statt: subjectiven: objectiven.
S. 70. Z. 17. v. u. ist hinter dicendum einzuschieben: recessum.
S. 80. Z. 6. und 11. v. o. lies statt: Gebens und Geben: Habens und Haben.
S. 251. Z. 15. v. u. lies statt: ursprünglich: ausschließlich.
S. 251. Z. 14. v. u. lies statt: de nox. act.: de obll. quae ex del.
S. 259. Z. 10. v. u. sind die Worte: nun nur zu streichen.
S. 357. Z. 18. v. o. lies statt: leicht: nicht.
S. 364. Z. 6. v. o. lies statt: pater: pubes.

Druck der Univers.-Buchdruckerei von E. A. Huth in Göttingen.





Druckfehler.

S. 5. Z. 14. v. u. lies statt: hinausweiche: hinausreiche.
S. 43. Z. 7. v. u. ist das Wort: ist zu streichen.
S. 64. Z. 12. v. u. lies statt: subjectiven: objectiven.
S. 70. Z. 17. v. u. ist hinter dicendum einzuschieben: recessum.
S. 80. Z. 6. und 11. v. o. lies statt: Gebens und Geben: Habens und Haben.
S. 251. Z. 15. v. u, lies statt: ursprünglich: ausschließlich.
S. 251. Z. 14. v. u. lies statt: de nox. act.: de obll. quae ex del.
S. 259. Z. 10. v. u. sind die Worte: nun nur zu streichen.
S. 357. Z. 18. v. o. lies statt: leicht: nicht.
S. 364. Z. 6. v. o. lies statt: pater: pubes.

Druck der Univers.-Buchdruckerei von E. A. Huth in Göttingen.

